

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

80

JULIO  
DICIEMBRE  
2002

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

---

Ministerio de Defensa



**REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO MILITAR**

**80** *JULIO  
DICIEMBRE  
2002*

MADRID

Edita:



NIPO: 076-02-081-9

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 800 ejemplares

Fecha de cierre: diciembre 2002

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma.

# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 80 JULIO-DICIEMBRE 2002

## I. DOCTRINA

### 1. ESTUDIOS

- 1.1. Luis Bernardo Álvarez Roldán, «Las extralimitaciones en el ejercicio del mando, delito militar» ..... 11
- 1.2. M.<sup>a</sup> Rosario Ojinaga Ruiz, «Niños soldados: comentarios al Protocolo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados» ..... 41
- 1.3. Lorenzo Marroig Puig, «El Centro Nacional de Inteligencia. Una aproximación a su configuración institucional» ..... 105
- 1.4. Victoriano Perruca Albadalejo, «Problemas jurídicos del absentismo laboral, con especial referencia a la Administración Castreña» ..... 149

### 2. NOTAS

- 2.1. Elena Conde Pérez, «La cortina nuclear» ..... 191
- 2.2. Ramón Sánchez Reverte, «La imputación objetiva. Su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» ..... 217
- 2.3. Juan José Herbón Costas, «El derecho de afiliación del militar» ..... 233
- 2.4. Miguel Alía Plana, «El mantenimiento regional de la paz en Extremo Oriente» ..... 263
- 2.5. Victoriano Gallego Arce, «La confidencialidad en la gestión de personal. Breve análisis jurídico» ..... 277

## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACIÓN

- Por M.<sup>a</sup> Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera ..... 291

### 2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. CONSTITUCIONAL, por Luis B. Álvarez Roldán ..... 295
- 2.2. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, por José Manuel Blanco Avilés y Laureano Tomás Zafrilla ..... 313

### 3. DOCUMENTACIÓN

— 3.1. DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO. por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz .....	359
— 3.2. Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra. Contestaciones del Grupo Español al Cuestionario para el Congreso de Roma de 2003 .....	381
— 3.3. Estados Partes en los principales instrumentos de Derecho Internacional Humanitario. Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española ...	405

## III. BIBLIOGRAFÍA

### 1. RECENSIÓN DE LIBROS

— 1.1. «Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court», Otto Triffterer (ed.), por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto .....	433
---	-----

### 2. NOTICIA DE LIBROS

— Por Carlos Eymar Alonso .....	441
---------------------------------	-----

### 3. NOTICIA DE REVISTAS

— Por J. Leandro Martínez-Cardós Ruiz .....	453
---	-----

## IV. INFORMACIÓN

— 1. XXVI Mesa Redonda del Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo y del CICR sobre «Los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra: veinticinco años después. Retos y perspectivas». por Manuel Hernández-Tejero García .....	457
— 2. El Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial. Crónica del año 2002. por Luis Bernardo Álvarez Roldán .....	465

Fe de erratas del n.º 79 de la REDEM .....	471
--	-----

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

## LAS EXTRALIMITACIONES EN EL EJERCICIO DEL MANDO, DELITO MILITAR

Luis B. Alvarez Roldán.  
*General Auditor (R.).*

El tema del epígrafe ha sido tratado en profundidad por DEL OLMO PASTOR (1), que hoy es la doctrina extendida, publicada, y no controvertida, sobre el delito que consideramos del nuevo Código Penal Militar (2), de ahí que sean tan reiteradas, como obligatorias, las remisiones a tan cualificada obra monográfica.

Tras subrayar el mérito de todo trabajo doctrinal, sin experiencia de la aplicación de una norma jurídica (la jurisprudencia es posterior y escasa) resumiremos, en lo preciso para este trabajo, lo que entendemos es la única aportación técnico jurídica —la del Tcol. DEL OLMO (3)— a la legislación vigente, y más aún en lo referente al análisis del artículo 138 del Código Penal Militar, que importa relacionar con la rúbrica genérica del «abuso de autoridad».

El tratamiento jurídico penal de los denominados delitos de «extralimitaciones en el ejercicio del mando» (4), en general, se encuentran influenciados en su configuración por la legislación y doctrina italianos

---

(1) Jesús del Olmo Pastor. Comentarios al Código Penal Militar. Bleuca Fraga y Rodríguez-Villasante (coord.).- Editorial Civitas S.A.. Madrid 1988; páginas 1607 a 1671.

(2) El C.P.M. se publicó el 11 de Diciembre de 1.985 y entró en vigor el 1 de Junio de 1.986.

(3) véase Del Olmo, obra citada, págs. 1637 a 1640.

(4) C.P.M. Libro II. Título VI. Sección 2.<sup>a</sup> «Extralimitación en el ejercicio del mando». Artículos 138 a 142.

(5), como constata DEL OLMO PASTOR, quien, al propio tiempo, subraya que las RR.OO. contienen una doble acepción del concepto de mando militar: acción de mandar y persona que ejerce el mando (6).

El ejercicio del mando militar, conforme venimos sosteniendo, no es arbitrario, sino reglado o discrecional, pero siempre —como puntualiza DEL OLMO (7)— «un instrumento exigido por la jerarquización y disciplina de la Institución militar, a quien se atribuyen misiones que requieren de esta ordenación del actuar unificado de sus miembros».

Son lo que QUEROL y DURAN denomina excesos en el mando (8). En efecto, todo mando, toda atribución, tiene unos límites que no pueden rebasarse; el mando militar nunca se otorga «a título personal» ni para otros fines que el servicio. Así, «la tendencia al abuso es inherente a la frágil naturaleza humana» —constata QUEROL (9)— pero debe en aras de la disciplina y del servicio ser impedida, y, en su defecto, sancionada.

El Código Penal Militar, en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo IV, recoge los siguientes tipos penales: la extralimitación, genérica, en el ejercicio del mando (10); los excesos en vías de hecho contra terceros (11); el empleo de fuerza militar para formas o fines no oficiales (12), o privados (13). Asimismo, se configura la modalidad delictiva de someter a riesgos innecesarios al buque, aeronave o unidad militar (14).

Examinemos en detalle cada tipo penal:

**A) Art. 138.**—«El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.»

a) *Sujeto activo.*—El sujeto activo es el militar que ejerce mando, siendo «el legítimo titular de las facultades inherentes al mando», y «al no ser el titular legítimo de tales facultades» al prevalerse del empleo o destino, en palabras de DEL OLMO (15).

---

(5) Del Olmo; obra citada; pág. 1610.

(6) Del Olmo; obra citada; págs. 1610-1611.

(7) Del Olmo; obra citada; pág. 1638.

(8) Querol; Principios; II, pág. 455 y ss.

(9) Querol; obra citada; pág. 457.

(10) C.P.M. Art.º 138.

(11) C.P.M. Art.º 139.

(12) C.P.M. Art.º 140.

(13) C.P.M. Art.º 141.

(14) C.P.M. Art.º 142.

(15) Del Olmo; obra citada; pág. 1639-1640.

En realidad, siempre es un superior el sujeto activo, si bien tal vez existan dos sujetos activos al igual que el texto del artículo 138 tipifica dos delitos: el ejercicio arbitrario del mando y el prevalimiento del empleo o destino. Así es sujeto activo el superior que ejerce mando, y comete el delito al excederse arbitrariamente en sus facultades, y el superior que se prevale de su empleo o destino en su ilícito actuar.

b) *Sujeto pasivo*.—Será sujeto pasivo «el subordinado jerárquicamente» (16).

El resultado de la acción —como examinaremos posteriormente— puede no recaer sobre una persona, así, entendemos que el sujeto pasivo puede ser un subordinado. Como reconoce DEL OLMO «en supuestos extraordinarios cabrá la coincidencia de sujetos ajenos» (17), es decir de personas no militares. Nada impide que, también excepcionalmente, sea un militar no subordinado.

En razón al resultado del exceso o prevalimiento es previsible la ausencia de sujeto pasivo.

c) *Bien jurídico protegido*.—Este precepto se encuentra incluido en el capítulo IV titulado «delitos contra los deberes del mando» del Título VI referente a los «delitos contra los deberes del servicio». De ahí que el bien jurídico protegido sea el servicio, en general, y el correcto ejercicio del mando, en particular. Para DEL OLMO se protege «la eficacia de la organización militar» (18).

El bien jurídico protegido diferenciará, en ocasiones, este delito del de abuso de autoridad del artículo 103 del Código Penal Militar.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—Discrepo de la tesis de «un único tipo básico con una doble fórmula», que propugna DEL OLMO (19), al considerar el prevalimiento como subsidiario del exceso arbitrario.

En mi opinión, el artículo 138 define dos tipos penales independientes y diferenciados. En una ocasión se trata del ejercicio del mando, en la otra de prevalerse del empleo ó destino y consecuentemente sin actuar en el ejercicio del mando. El primer supuesto exige la concreción, y el segundo es genérico. La extralimitación implica un ejercicio legítimo del sujeto activo en origen, y el exceso es lo que conlleva el reproche general; el prevalimiento es en todo momento ilegítimo.

---

(16) Véase Del Olmo.; obra citada; pág. 1640.

(17) Véase del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(18) Del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(19) Del Olmo, obra citada; pág. 1638.

— *Exceso arbitrario en el ejercicio del mando.*—Excederse es ir más allá de lo lícito o razonable, y arbitrariamente —como precisa DEL OLMO— «supone un comportamiento ajeno a las reglas» (20). Efectivamente, este tipo penal exige que el exceso se realice arbitrariamente, esto es, que el superior ejerza unas facultades inherentes a su mando, y por tanto plenamente lícitas, surgiendo el reproche penal al extralimitarse en el ejercicio de sus facultades, al ordenar más de lo que tales facultades contienen o se derivan lógicamente de ellas. Copulativamente, el exceso ha de carecer de una mínima lógica o razón, o ir en frontal ataque a las normas o instrucciones que regulan el ejercicio del mando concreto.

QUEROL y DURAN puntualiza que el autor «emplea las facultades del mando en un ámbito que no son valederas» o «que en rigor no se deducen de sus atribuciones» (21).

— *Prevalimiento del empleo o destino.*—Es el abuso del superior, no basado en su ejercicio del mando, sino pura y simplemente apoyado en la superioridad jerárquica, o la que pudiera ejercerse, directa o indirectamente, del destino que se desempeña, válido para ... destinos, cursos, permisos, turnos de servicios... etc...

Excepcionalmente este delito puede cometerlo quien no sea superior en empleo, ni en mando, sino por prevalerse del destino. Tal abuso del destino es fácilmente concebible, desde el cabo Furriel que organiza los «servicios» a prestar por todos los miembros de la Compañía: cabos y suboficiales, además de soldados; o el Sargento que realiza iguales funciones respecto a oficiales en el Regimiento; y ... todo ello, aunque la firma de la orden del servicio sea de un superior. Otros supuestos, en casos de diversos empleos pero ... distintos Cuerpos y Armas son obviamente imaginables: enfermero soldado y Cabo Primero enfermo; diversos especialistas y no especialistas, etc...

e) *Resultado de la acción.*—El tipo penal exige que del actuar doloso del «prevalente» se produzca un abuso grave, si bien distinto, o más genérico, que el considerado específicamente en los artículos precedentes (22).

La indeterminación del elemento normativo típico aludido —abuso grave— es resaltada por DEL OLMO PASTOR (23), quien apunta como criterio «el perjuicio al servicio o al buen régimen de los Ejércitos». El perjuicio, material o moral, parece referirse aquí al perjuicio o daño, fisi-

---

(20) Del Olmo; obra citada; pág. 1639.

(21) Querol. Principios citados; II; pág. 462 y 463.

(22) Del C.P.M. Título VI. Capítulo IV. Art.º 130 y ss.

(23) Del Olmo; obra citada; pág. 1639.

co, a elementos del Ejército, o a la efectividad del servicio concreto que se presta, y, por qué no al servicio en su concepción genérica de efectividad de las funciones de las FAS.

La determinación de la gravedad es cuestión relegada a la valoración del mando militar, o de los Jueces Togados y, en último término de los Tribunales Militares, como ya apuntó en su día, con acierto, QUEROL y DURAN (24).

El resultado, evaluado en último término por el Tribunal Militar Territorial competente, delimitará el concepto de abuso grave, que, en mi opinión, podrá integrar falta grave disciplinaria si no existe tal gravedad respecto al servicio o al subordinado (25). Los supuestos de mínima intensidad y trascendencia tendrían su encaje en faltas leves disciplinarias (26).

En definitiva, el examen de cada actuación y consecuencias de la misma —acto y resultado— serán determinantes de la existencia del delito que examinamos y las faltas disciplinarias correlativas. Ante la imposibilidad de una regla general abstracta será determinante, en cada caso, la evaluación de los preceptos ordenancistas (27).

f) *Culpabilidad*.—La tipificación del presente delito lo configura como doloso, sin especialidad alguna. La excusa absolutoria, que DEL OLMO PASTOR considera debió existir —como la del artículo 105 (ya derogado)— no existe, y no debe existir. En los excepcionales supuestos, en que quepa duda acerca del dolo, regirán los preceptos generales de la esfera penal, sin especialidades militares (28), por otra parte difícilmente justificables.

g) *Punibilidad*.—Como en los demás tipos penales conexos con el concepto de abuso de autoridad, o «excesos del mando o del militar», parece amplio el arbitrio judicial: pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

h) *Jurisprudencia*.—Es incuestionable que, para el mejor conocimiento del Derecho, es preciso no solo el conocimiento de la Ley y de los comentarios de la Doctrina especializada, sino también y preferentemente la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha de entenderse no como el criterio de solución de un caso concreto y determinado, sino en cuanto sienta un criterio genera-

---

(24) Querol; obra citada; pág. 264.

(25) L.D.M. Art.º 8 n.º 13; según los supuestos fácticos concretos, podrían tener una tipificación disciplinaria más específica.

(26) L.D.M. Art.º 7; tal vez del n.º 16 o del n.º 34; no se descarta otra tipificación más específica, según los hechos concretos.

(27) Reiteramos que tanto el C.P.M., como la L.D.M., tienen como fin la defensa de los valores y preceptos de las RROO, y la reprensión de los actos contrarios a las Ordenanzas generales, o particulares de cada Ejército.

(28) C.P.M. Art.º 5, 21 y 22. C.P. Arts. 8 y 9.

lizado, «por lo que importa mucho tener un conocimiento, preciso y matizado, de los conjuntos o bloques jurisprudenciales» (29).

Como también precisa HERNANDEZ GIL: «La jurisprudencia merece ser adecuadamente tratada y difundida, por que si no fuente autónoma del derecho, es fuente complementaria y con tal carácter integra el ordenamiento jurídico. Además constituye un puente tendido entre la teoría y la práctica del derecho» (30).

De ahí que seguidamente se transcriban parcialmente, y se comenten, las Sentencias de la Sala Quinta de lo Militar, dictadas en relación con los artículos del Código Penal Militar examinados en este trabajo.

Con carácter general, deben subrayarse las próximas interrelaciones entre «abuso de autoridad» (31) y «extralimitaciones»; prueba de ello es el Auto de 7 de octubre de 1988 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

Así, el primer pronunciamiento de la Sala de lo Militar, relacionada con el actual artículo 103 del Código Penal Militar, es el contenido en el Auto 7 de octubre de 1988 (32).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo sienta el criterio de que «no es no es arbitraria la decisión de hacer resignar el mando a un Coronel, sino motivada por la desaparición de la necesaria relación de confianza que, en bien del servicio, debe existir entre el Jefe de una gran Unidad y se Jefe de Estado Mayor» (33).

*h1)* Como indicábamos precedentemente, el Auto n.º 5 de 7 de octubre de 1988, resolvió una denuncia sobre un exceso de atribuciones de un superior (General) sobre un subordinado (Coronel), consistente —según la denuncia— en encomendar las tareas, misiones, propias del denunciante a subordinados de éste (34). La Sala de lo Militar, Quinta, del Tribunal Supremo —acertadamente— tras considerar legítimo el haber hecho resig-

---

(29) Hernández Gil, Antonio. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en la obra: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Quinta de lo Militar 1998*. Consejo General del Poder Judicial. B.O.E. 1989; pág. 7.

(30) *Idem* nota anterior pág. 9.

(31) Véase en sentido, «in extenso»: «El abuso de autoridad, delito militar» de Luis B. Alvarez Roldán, en *REDEM* núm. 77, enero-junio 2001. In Memoriam «Querol Lombardero» M.º de Defensa, págs.193-230.

(32) Véase su texto íntegro en la *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, núm. 53). II. Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa. Págs. 224-236.

*Idem*: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala Quinta de lo Militar*. Consejo General del Poder Judicial. (año 1998). B. O. E. Madrid 1989, págs. 52-66.

(33) J. T. S. citado precedentemente, pág. 53.

(34) *REDM* n.º 53, tomo II, ya citado; pág. 230.

*Idem*. En J. T. S. Ya citado; pág. 59.

nar el mando y suspender de sus funciones al denunciante (35), consecuentemente el superior denunciado debió —posteriormente— encomendar aquellas funciones, por imperativo legal, a otros funcionarios (36) que fueron tres Tenientes Coroneles, quienes menos aún pudieron incidir en delito de usurpación de funciones (37).

El artículo 138 contempla, según el tenor literal del precitado Auto (38), dos modalidades: el «exceso arbitrario» y el «uso indebido»; o bien, se desorbitan las funciones del mando y las llevan hasta donde puedan legítimamente llegar; o bien se emplea un poder o atribución legítima, pero omitiendo las normas, formalidades o ética, en el ejercicio de tal poder. Ambas modalidades, en el exacto y exhaustivo examen de las Reales Ordenanzas, como hace el Auto que comentamos (39), lo que puede acreditar si hubo o no, en cualquier supuesto presuntamente delictivo, si la corrección en el ejercicio del mando fue correcta, y si pudo cometerse un exceso o arbitrariedad, lo que al propio tiempo descartaría el posible delito genérico de abuso de autoridad.

*h2)* El Tribunal Militar Territorial Cuarto, en Causa n.º 41/1/1998, dictó Auto —sin previo trámite al Fiscal jurídico Militar, por no exigirlo el entonces en vigor artículo 712 del Código de Justicia Militar— acordando el sobreseimiento definitivo, tras razonar que, «de un análisis pormenorizado de los hechos objeto de la presente no integra la figura delictiva prevista en el artículo 138 del Código Penal Militar, al carecer la indicada conducta de la gravedad exigida por el aludido tipo penal» (40).

Los hechos, en síntesis, eran (41), la exigencia de un P.M., en servicio de vigilancia, a un Soldado, en traje de faena e indocumentado, la entrega de mil pesetas por no «dar parte» de él.

El Fiscal jurídico Militar del T.M.T. Cuarto preparó, en tiempo y forma, recurso de casación por infracción de Ley, y de nulidad, del Auto de sobreseimiento aludido invocando la «ausencia de antecedentes de hecho» —equivalentes a los Hechos Probados de una Sentencia— y el quebrantamiento de las normas esenciales del procedimiento, al no haber

---

(35) Véase en este capítulo la letra A precedente.

(36) REDM; citada, págs. 235-236.

Idem J. T. S. Citada, 65.

(37) REDM; citada, págs. 235-236.

Idem J. T. S. Citada, 65.

(38) REDEM, n.º 53, pág. 233.

(39) REDEM; nota anterior; pág. 234.

(40) J. T. S. Citada, pág.241.

(41) No se consignan en el Auto de la Sala de lo Militar, Quinta, del T. S. Fuente: Fiscalía del T. M. T. Cuarto.

sido oído el Ministerio Fiscal, con «evidente indefensión» de esta Institución (42).

La Sala de lo Militar, con escrupulosa observancia —tal vez rigurosa— de las formalidades penales inadmite el recurso de casación y de nulidad, pero... «ex officio» y, acorde con otra decisión anterior de la Sala, decreta la nulidad del Auto recurrido «por total inobservancia de las normas procedimentales y sin previa audiencia de las partes» (43).

En mi opinión, la decisión de la Sala Quinta de lo Militar permitirá que prospere la tesis acusatoria, ya que lo grave no es la cuantía (1.000 ptas.) sino la gravedad de la ilegítima pretensión del Policía Militar atentatoria contra su función, contra la eficacia, respeto, y prestigio de los Ejércitos.

Entenderemos que al estar ejerciéndose concretamente el mando en «servicio de vigilancia» hizo que la acción penal se ejerciera por el artículo 138 de «extralimitación», en lugar del «abuso de autoridad» que en su defecto sería aplicable, y tal vez para evitar la degradación disciplinaria de hechos de excepcional gravedad en el concreto ejercicio del mando.

*h3)* El Consejo de Guerra Ordinario, designado para ver y fallar la Causa 59/IV/1987, el día 6 de junio de 1989, dictó Sentencia condenando por delito de extralimitación en el ejercicio del mando, en concurso formal con un delito de imprudencia y resultado de lesiones, a un Capitán (44), porque «variando las normas generales citadas y para conseguir, según su criterio, un mejor adiestramiento en el sentido que habría que suprimir los descansos ... ordenando que tal día la carrera había de hacerse con armamento ... los reclutas no podían abandonar la formación, sin permiso, para beber ... intensa actividad física ... a la carrera ... sin descansos ordenados ... carrera continuada de 6 km. Con Cetme, y cuando la temperatura en la zona alcanzaba aproximadamente 35 grados...el recluta S.A...» golpe de calor «con secuelas...deterioro psíquico y ... grave dificultad para el trabajo intelectual ... a consecuencia del aludido golpe de calor» (45).

La Sala de lo Militar —con independencia de aspectos formales, de técnica jurídico-formal— (valoración del principio de presunción de inocencia, concreciones sobre el principio de la «reformatio in peius» y otros (46)) sienta el siguiente interesantísimo criterio: «El delito militar de

---

(42) Nota n.º 40. Pág. 241.

(43) Idem, pág. 240; anotaciones de Bermudez de la Fuente.

(44) J. T. S. 1989, pág. 337.

(45) Véase, «in extenso», por la trascendental importancia de esta Sentencia. J. T. S. Citada, año 1989, págs. 338-339.

(46) Idem, J. T. S. 1989; págs. 336-348. El examen detenido de la Sentencia es recomendable, especial e ineludible, respecto al artículo 138 del CPM.

extralimitación en el ejercicio del mando es infracción dolosa, de simple actividad, con independencia del resultado producido» (47).

La Sala de lo Militar precisa —recogiendo argumentos del Tribunal «a quo»— que el delito de «simple actividad» del artículo 138 del Código Penal Militar puede concurrir con otro «de resultado» (más o menos grave, según el grado de malicia y el perjuicio causado (48)) y, me permito añadir que con las connotaciones, previas y elementales, de la imputación dolosa o culposa respecto al resultado, etc...

El Tribunal «a quo» condenó por «extralimitación» e «imprudencia simple con infracción de reglamentos», considerando un concurso ideal formal. El Tribunal Supremo (sin alterar la penalidad por mor del principio que prohíbe la «reformatio in peius») consideró que existieron ambos delitos en concurso real (49).

*h4)* El subteniente L.M, en su condición de Jefe de Línea, y «con motivo de una vigilancia de servicio girada por mi Autoridad al Puesto de...», obtiene de una Autoridad Municipal de la localidad un escrito que falta a la verdad sobre hechos y conducta del Cabo Primero, Jefe de Puesto, que aquel emplea oficialmente en descrédito de éste, acreditándose la falsedad del informe municipal por arrepentimiento del firmante del mismo, y constando el empeoramiento de la relación del Jefe de Puesto con el Municipio (50).

El Tribunal Militar Territorial Segundo condenó al subteniente L. M. como autor responsable de un delito consumado de extralimitación en el ejercicio del mando, en su modalidad de «cometer abuso grave con prevalimiento del empleo y destino» previsto y penado en el artículo 138 del Código Penal Militar (51).

El recurso de casación es íntegramente desestimado y se confirma la sentencia condenatoria por la Sala Quinta del Tribunal Supremo, subrayando que la condición de militar en el ejercicio del mando es clara, ya que «el acusado mantuvo sus conversaciones con los civiles ejerciendo las funciones propias de la Jefatura de Línea, da cuenta de la conducta del Cabo a su superior el Capitán de la Tercera Compañía ...y el mismo reconoce que

---

(47) Bermudez de la Fuente sintetiza así la esencia del criterio de la Sala; en J. T. S., citada 1989, pág. 336.

(48) J. T. S. Citada; 1989, pág. 344.

(49) J. T. S. Citada; 1989, pág. 345.

Idem Aranzadi R. J 1989/9824, pág. 1.

(50) Véanse los textos íntegros en Sentencia n.º 7, de 9 de febrero de 1998, en REDEM, núm. 73, enero-junio 99, tomo II, pág. 60 a 62.

(51) Idem nota anterior, pág. 59.

el documento que eleva le fue entregado con ocasión de una vigilancia de servicio»; además la gravedad del abuso se produjo, «no solo por la entidad de los hechos cometidos sino del posible y grave perjuicio, este si, que se le producía al Cabo al imputarle falsamente la comisión de conductas susceptibles de infracciones penales o disciplinarias ...» (52).

Conviene subrayar la malévola conducta del condenado Jefe de Línea utilizando no solo su cargo en el abuso sino presionando a una Autoridad Municipal para apoyar falsamente las imputaciones contra la víctima, compañero y subordinado directo.

*h.5)* El Tribunal Supremo, Sala Quinta, confirma la Sentencia condenatoria del T.M.T. Segundo por delito de extralimitación en el ejercicio del mando «por exceso arbitrario de facultades» del art. 138 del C.P.M., con atenuante de embriaguez no habitual (53).

El Cabo Primero de G.C., Jefe de la Guardia exterior del Centro Penitenciario ..., con mando sobre 7 Guardias Civiles, impidió la entrada al Subdirector de dicho Centro, que vivía en el interior del recinto y ordenó a los Guardias de Puertas, que le conocían por su cargo, le impidieran el acceso al recinto, exigiéndole su documentación militar, y negándose a que le identificasen los Guardias y se llamase al Director del Centro; ordenó la detención de la esposa del Subdirector y de una niña de 11 años, lo que ante la evidente embriaguez del Cabo Primero no se efectuase; se personó e identificó el Director del Centro, reconocido por todos los Guardias persistiendo el reo en su actitud y negándose a obedecer le permitiese su salida y la entrada del Subdirector, incluso sujetando por el brazo al propio Director, afirmando a gritos que «esa noche no entraba ni salía nadie de la prisión».

La situación se prolongo casi una hora, hasta que acude un superior jerárquico del Cabo Primero jefe de la Guardia y le releva y ordena pruebas de alcoholemia (54).

El recurso se basó en la ausencia de un testigo, el principio «in dubio pro reo» y en la pretensión de elevar la atenuante de embriaguez a la condición de atenuante cualificada y no simple, lo que casi evidencia la culpabilidad del propio reo.

Es obvia la concurrencia de los elementos del tipo delictivo; incuestionable el militar en el ejercicio del mando; y patente, el exceso arbitrario de sus facultades, amén de que también hubo abuso grave de su Jefatura.

---

(52) Idem, REDEM y Sentencia citadas; pág. 64 y 65

(53) Sentencia núm. 55, de 14 de septiembre de 1998, en REDEM, núm. 73, enero-junio 99, tomo II pág. 383 y ss.

(54) Véanse los hechos íntegros en nota anterior, pág.. 384.

**B) Art.º 139:** «El militar que en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión».

Se asegura por la doctrina (55) que no existe precedente alguno en la legislación militar patria sobre este tipo del injusto.

El presente tipo penal cubre las exigencias de las Reales Ordenanzas que proscriben todo maltrato de obra (56), y exigen el uso legítimo de la fuerza (57).

En cierta medida, y en algunos hechos concretos, el presente artículo 139 del Código Penal Militar, será una especificación del genérico delito de maltrato de obra a subordinado del artículo 104. Así, cuando el maltrato de obra que se pena hasta con cinco años, sin resultado de lesiones graves (58), se realice con la intención probada de lograr se realice un acto de servicio.

En general, prevalecerá la tipificación más grave, que es la del artículo 104 del Código Penal Militar.

En otros supuestos, el artículo 139 no será sino una inducción a la comisión del delito de maltrato de obra a inferior (59), salvo cuando el perjudicado, y víctima del delito, no sea un subordinado, sino cualquier persona: militar o no.

a) *Sujeto activo.*—Evidentemente es un militar que ejercita funciones propias castrenses.

Para DEL OLMO PASTOR es el «militar con mando y con atribuciones u órdenes para la ejecución de un acto de servicio» (60).

El tenor literal del tipo penal no excluye a ningún militar, en razón a empleo, mando, destino o condición, pero sí requiere que ejerza funciones; ello implica, casi siempre un empleo militar superior; pero el ejercicio de la función —misión, consigna, orden específica— puede significar que la consigna recibida reglamentariamente (vgr. centinela, etc..) convierte en autor de este delito a persona que no sea superior jerárquico.

---

(55) Del Olmo; obra citada; pág. 1640.

(56) RROO Art.º 171: «...Ningún miembro de los Ejércitos podrá hacer ... ni sufrir ... maltrato de palabra u obra...

(57) RROO Art.º 170: «Todo militar está obligado a observar estrictamente las normas sobre el uso legítimo de la fuerza...

(58) C.P.M. Art.º 104, párrafo primero.

(59) C.P.M. Art.º 104.

(60) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

b) *Sujeto pasivo*.—En principio, el sujeto pasivo es cualquier persona; si, en algún caso, el abuso grave, que implica el resultado del tipo delictivo, recae en persona física concreta, estaríamos en los supuestos —más específicos— de los artículos 103 y 104 del Código Penal Militar.

El sujeto pasivo puede decirse que no existe, salvo que se considere como tal al legítimo ejercicio del mando, ó a la víctima o perjudicado, cualquier persona. El primer supuesto implica confusión entre sujeto pasivo y bien jurídico protegido; el segundo, en cierta medida una remisión a un sujeto pasivo secundario: la persona física que soporta la acción típica.

c) *El bien jurídico protegido*.—Por el tenor literal del artículo 139, y su inclusión en el capítulo correspondiente del Código Penal Militar (61) no puede ser otro que el recto ejercicio del mando y el cumplimiento de los deberes del servicio (62), específica o genéricamente, aunque se considere preferente por DEL OLMO PASTOR «la dignidad y derechos inviolables de las personas y ... la eficacia del servicio» (63).

d) *Acción típicamente antijurídica*.—Existen diversas acciones típicas que agrupamos, según la concreta actuación del autor, en las siguientes:

— Comisión directa: el empleo de violencias innecesarias y el uso ilícito de las armas, que por definición legal realiza el militar por sí mismo, autoría inmediata (64).

— Comisión indirecta: el ordenar ejercer violencias innecesarias o el uso ilícito de las armas, autoría mediata (65).

— Comisión por omisión: el permitir el uso ilícito de las armas; se trata de tolerar realice el acto delictivo; en general, será un subordinado del militar que ejerce mando, quien haga el uso ilícito de las armas; este cometerá el delito —o falta grave o leve disciplinarias— correspondientes, pero el que lo «permita» comete este delito, precisamente porque le compete el deber jurídico de obrar para impedir tal uso ilícito. DEL OLMO PASTOR distingue dos modalidades (66), según que se ejerzan violencias innecesarias o se usen ilícitamente las armas.

Las dos modalidades comisivas activas se conectan con las violencias y el uso de las armas, y la comisión por omisión sólo con tal uso ilícito.

Las violencias innecesarias significan de un lado la exclusión del uso de las armas y de otro el empleo de la «vis física»; el término innecesarias

---

(61) C.P.M. Capítulo IV. Delitos contra los deberes del mando.

(62) C.P.M. Título VI. Delitos contra los deberes del servicio.

(63) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(64) Del Olmo, obra citada; pág. 1642.

(65) Del Olmo, obra citada; pág. 1642.

(66) Del Olmo, obra citada, págs. 1641-1642.

implica que el acto de servicio podía ejecutarse sin su empleo. Las violencias «innecesarias» con «causa justificada» no encajan en este tipo penal, por literal exclusión del artículo 139, si bien podría integrar el maltrato de obra a inferior, en su caso; en general parece más conectado con la extralimitación del artículo 138, más genérico y con igual bien jurídico protegido, criterio éste esclarecedor en el momento de la tipificación de la conducta concreta.

Ante la absoluta formulación abstracta e imprecisa del tipo penal — «violencias innecesarias»— no debe obviarse la posibilidad de reconducir el hecho, según cada caso y su resultado, a la esfera disciplinaria, pareciendo más adecuada la falta grave de «exceso arbitrario sin perjuicio grave» del antes artículo 9 n.º 11 de la Ley Disciplinaria Militar (67), hoy artículo 8 n.º 13 de la L.O. 8/1998.

El uso ilícito de las armas ha de entenderse como todo empleo de las mismas no autorizado por las Reales Ordenanzas, las Instrucciones referentes a su empleo en cada «servicio», o las ordenes particulares establecidas a tal fin en cada Unidad. La «ilicitud» en definitiva implica, en este particular, la presencia de una ley penal en blanco. En el precepto legal que examinamos la mención a «para la ejecución de un acto de servicio» no abarca al «uso ilícito», pues se encuentra ubicado con posterioridad; tal interpretación literal ha de ser, en todo caso, puesta en relación con el bien jurídico protegido y con los demás tipos penales de la Sección (68). De ahí, es imprescindible examinar este requisito en conexión con el acto de servicio, y teniendo en cuenta que el empleo de la fuerza para fines ajenos al servicio se tipifica en el artículo 140 del propio Código Penal Militar, y su uso para fines personales en el artículo 141 del mismo Código, tipos penales ambos inmediatamente subsiguientes al que examinamos (art. 139).

La finalidad de ejecutar un acto de servicio es elemento subjetivo del injusto; tal finalidad pretendida por el autor es esencial, tanto que, como con acierto subraya DEL OLMO, «si este requisito previo no existiese, sería de imposible aplicación este precepto» (69). En cierta medida, el artículo 139 refuerza el elemento objetivo consistente «en el ejercicio de sus funciones» con la finalidad perseguida de lograr que «se ejecute el acto de servicio», y de ahí que lo ajeno al servicio quede excluido de este tipo penal, aunque no de otros; según los supuestos concretos, podrían ser pre-

---

(67) Véase A. Roldán y Fortún; obra citada; 177-181.

(68) Sección 2 «Extralimitaciones en el ejercicio del mando», del Capítulo IV «Delitos contra los deberes del mando», del Título VI «delitos contra los deberes del servicio».

(69) Del Olmo; obra citada; pág. 1462.

ferentemente los restantes tipos penales de esta sección, y, en su defecto, los artículos correspondientes al abuso de autoridad (70).

*Sin causa justificada*: La valoración de este elemento negativo del tipo penal ha de efectuarse en cada caso concreto, atendiendo al conjunto del ordenamiento jurídico y del específicamente castrense, conforme señala DEL OLMO (71).

La doctrina (72) discrepa si la causa justificada ha de conectarse con la «ausencia del bien jurídico protegido», o bien, con el «principio del interés predominante», como prefiere DEL OLMO (73). El tenor literal del artículo 139 del Código Penal Militar obliga a examinar esta causa de justificación, lo que implica necesariamente que en la acción típica exista, en un caso concreto, la legitimación derivada del perfecto ejercicio de un derecho, evaluado como superior. Ello ha de plasmarse a través de una circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, que haga lícita la actuación del presunto responsable, «prima facie», del tipo penal. Específicamente, el cumplimiento de un deber, o ejercicio legítimo de un derecho, oficio, o cargo (74), se nos muestra como directamente aplicable en este supuesto (75). Aunque pueda ser reiteración, resulta inexcusable el mencionar que los preceptos de las Reales Ordenanzas serán la norma legal que, en cada caso concreto, suponga la justificación del deber o la legitimidad de lo actuado.

e) *El resultado de la acción*.—El presente tipo penal no considera el resultado de la acción; la ausencia de «tipificación cualificada por el resultado» lleva a DEL OLMO PASTOR a entender que «al no ser intencionalmente deseado» —un resultado de muerte, lesiones, etc...— implicaría un concurso de delitos, con preferente aplicación del Código Penal por «punición más grave», en términos generales (76).

No descartamos tal criterio, en imprevisibles supuestos fácticos concretos; sin embargo, como regla general el abuso de autoridad genérico del artículo 103 del código Penal Militar, o bien el artículo 104, en cuanto sea maltrato de obra la violencia ejercida, u otros, serían de preferente aplicación.

La inexigencia de resultado en el presente tipo penal proclama la levedad del mismo, y su carácter residual sobre tipos penales más graves.

---

(70) C.P.M. Arts. 103 y ss.

(71) Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(72) Citada por Del Olmo; obra citada; pág. 1642.

(73) Véase, nota anterior.

(74) C.P. Art.º 8 n.º 11.

(75) Por remisión al C.P. del Art.º 21 del C.P.M.

(76) Del Olmo; obra citada; pág. 1643.

f) *Culpabilidad*.—El dolo requerido por el tipo es el dolo simple; basta el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntariedad de la acción. La previsibilidad del resultado podrá incidir en el dolo de algún otro tipo penal más grave.

g) *Punibilidad*.—La pena establecida para todas las modalidades comisivas —cuatro meses a cuatro años de prisión— nos parece suficientemente amplia, y sometida, en razón no al resultado sino a la trascendencia para el servicio, al criterio del Tribunal Militar competente.

Dos reflexiones aparecen como inexcusables: el mínimo de cuatro meses y el máximo de cuatro años.

El mínimo legal de pena, en cuatro meses, no parece razonable al considerar que tipos penales, en principio más graves, como el abuso de autoridad y el maltrato de obra reiteradamente aludidos inician la pena aplicable con tres meses y un día (77), a pesar de que, en razón del resultado, pueden ser no sólo más graves, sino que no tienen la cobertura legal de la pretensión de que se cumpla «un acto de servicio que deba ejecutarse».

Resultaría ilógico, e injusto, que un «abuso de autoridad» para que se realice un acto de servicio, reglamentariamente ordenado, sea sancionado, con un mínimo superior al previsible para aquel delito —tres meses y un día— máxime cuando los bienes jurídicos protegidos serían equivalentes (78), si bien con la preferencia en aquel artículo 103 ó 104, del bien personal del perjudicado (79).

Por el contrario, el límite máximo de cuatro años, inferior al de cinco años en los artículos inmediatamente citados, si parece congruente con la ausencia, o mínima incidencia, en los derechos del sujeto pasivo, ó víctima, o perjudicado a título individual por el delito.

h) *Jurisprudencia*: El empleo de violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio aparece como una actividad ilícita, pero permisible, equiparable al uso ilícito de armas en tal realización del servicio; afortunadamente el Tribunal Supremo ha tenido escasas oportunidades de dictaminar al respecto.

*h.1)* La Sentencia núm. 2, de 15 de enero de 1998 de la Sala Quinta del T.S. (80) permite extraer los elementos típicos que exige el artículo 139 del Código Penal Militar:

---

(77) C.P.M. Art.º 103 y 104.

(78) C.P.M. Art.º 103 y ss.: la disciplina y los derechos fundamentales del subordinado, como sujeto pasivo.

(79) C.P.M. Art.º 138 y SS.: el lícito ejercicio del mando, sin consideración a los derechos personales del sujeto pasivo.

- a) Sujeto activo militar.
- b) Se hallaba en el ejercicio de sus funciones conforme a una orden de servicio.
- c) Ostentaba superioridad sobre el otro Guardia, al ser Jefe de Pareja, conforme a la definición del artículo 12 del C.P.M.
- d) El uso de su arma, sin causa justificada para la ejecución del acto de servicio encomendado.

Los hechos probados, que determinan la condena, pueden resumirse:

Designados el Guardia J.M, Jefe de Servicio, y el también Guardia A.S., como Auxiliar para prestar el servicio de tráfico consistente en control de alcoholemia en diversos puntos kilométricos, momentos antes de su inicio el auxiliar al observar la embriaguez del Jefe de Servicio, se lo hace saber para comunicarlo a los superiores; este considera que nada le afectaría al servicio y se dirigen al garaje en busca del vehículo oficial, con incidente e insultos a un Guardia, ante lo que reitera el Guardia auxiliar en el servicio la conveniencia de dar cuenta a los superiores de la embriaguez, insistiendo el procesado Jefe de Servicio en iniciar el servicio, para lo que sacaron el vehículo del garaje e iniciaron el servicio, y al encontrarse mal regresando casi inmediatamente y tras otro incidente violento con un tercero, intentó llamar por radioteléfono a sus superiores prohibiéndolo el Jefe de Servicio quien montó el arma reglamentaria y le apuntó a la altura de cintura impidiendo así la llamada, separándoles otro Guardia, y sin poder impedir que el procesado subiera al vehículo oficial y marchase solo. Fue detenido por el jefe del Subsector de Tráfico en zona asignada para prestar el servicio (81).

De los hechos se desprende con claridad que el servicio se inició y que durante este se empleo innecesariamente e ilícitamente el arma del Jefe de Servicio frente su Guardia Auxiliar y otras personas (82).

Se alegó también en el recurso de casación la no existencia de «servicio de armas», lo que es cierto, precisándose por la jurisprudencia que el tipo penal del 139 del C.P.M. «no exige que el delito se cometa en el ámbito de un servicio de armas, basta que lo sea en la prestación de un servicio, es decir, en el ejercicio de sus funciones profesionales, en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente le corresponden» (83).

---

(80) Texto íntegro en REDEM núm. 73, enero-junio 99, tomo II; pág. 12

(81) Idem nota anterior; pág. 10 y 11.

(82) Idem; pág. 13.

(83) Idem; pág. 13.

Conviene precisar que es claro que la embriaguez es anterior al inicio del servicio.

*h.2)* El Tribunal Militar Territorial Segundo condenó por un delito consumado de «extralimitación en el ejercicio del mando» del art. 139 del C.P.M. y de «abuso de autoridad» del 104 del C.P.M., en base a los siguientes hechos resumidos (84):

Es requerida la Policía Militar, al mando del Cabo 1.º M.G., tras incidente de una discoteca, que detiene al Cabo 1.º S.H. indocumentado al que acompañan voluntariamente 3 Caballeros Legionarios, como testigos; el Cabo 1.º, Jefe de la P.M., ordenó a los componentes de la P.M. que sacaran uno a uno a los conducidos para golpearlos, como así hicieron con el detenido y sus acompañantes, sucesivamente resultando todos ellos con diversas contusiones en el cráneo, brazos, costillas e hipocondrio; el Cabo 1.º detenido fue golpeado directamente por el procesado Cabo 1.º con un rodillazo en los testículos, posteriormente le puso grilletes y sujeto por atrás le propino, junto a otros, diversos golpes con sus porras, lesionándolo con contusión craneal, fractura de costilla y fisura de escafoides en carpiano izquierdo.

El Tribunal sentenciador no logró identificar a los autores de los golpes, salvo la actuación directa y orden de golpear del Cabo 1.º M.G. como Jefe de ellos.

El recurso de casación se basó en la presunción de inocencia y falta de motivación de la Sentencia, omisión de la citación a un procesado, y la omisión de la resistencia ofrecida al ser detenido, que se rechazan por su notoria inexistencia y suficientes pruebas en contrario. Se subrayó la «utilización de la vía física desproporcionada y no utilizada por los sujetos pasivos» y «no justificada por la inexistencia de un comportamiento previo abusivo» lo que unido al incuestionable ejercicio de misiones del servicio encomendado, conforma la «extralimitación» del artículo 159 del C.P.M. por la sala V del Tribunal Supremo (85).

A las violencias innecesarias, ejercidas y ordenadas por el Cabo 1.º M.G., constitutivas de la «extralimitación», se añaden en la Sentencia del T.M.T. II y confirma el Tribunal Supremo, la condena por «abuso de autoridad, en su modalidad de maltrato de obra» a un subordinado por «no existir otro ánimo que el de agredir» (86).

---

(84) Véase el texto íntegro de la Sentencia núm. 76, de 13 de noviembre de 1997, en REDEM núm. 71, enero-junio 98, tomo II; págs. 455-462.

(85) Idem, nota anterior; pág. 461.

(86) Idem, nota anterior; pág. 461

Nos encontramos ante un supuesto claro de concurso ideal de delitos.

Lamentablemente, agresores y víctimas son titulados «caballeros» legionarios, cuando aquellos no merecen tan honorable calificativos.

**C) Art.º 140:** «El militar que, para fines ajenos al servicio, sacase fuerza o unidad de establecimiento militar o la utilizase cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión».

La influencia del código Penal italiano es puesta de relieve por DEL OLMO PASTOR (87), quien, acertadamente, no concibe el delito sin un fin específico, que en cierta medida sería «un intento de indisciplina» (88).

Evidentemente, y según el tenor literal del tipo penal, el fin ajeno al servicio configura los elementos normativos del tipo; su implícito correlativo es el empleo de la fuerza militar para fines personales, individuales, colectivos o beneficio de tercero.

Conforme a la tradición histórico jurídica (89), se sanciona el empleo ilegítimo de la fuerza militar para fines particulares, es decir, con desconexión de los fines legítimos del servicio.

Para QUEROL, «es claro que el precepto trata de evitar y prevenir abusos perniciosos que, sin él, no encontrarían la sanción adecuada» (90).

En efecto, se sanciona en la legislación vigente el abuso de la fuerza militar, con independencia de quien sea el autor, las circunstancias jerárquicas o de supremacía por destino o mando, y precisamente para que tal abuso no quede nunca impune. De ahí, el carácter residual o supletorio, del tipo penal que comentamos.

El fin genérico —uso de la fuerza militar— tendrá su específico *en* el uso para pendencia o fines exclusivamente personales, y de ahí que pueda predicarse que, fuera del servicio el tipo específico será el artículo 141 y el genérico el 140 que ahora comentamos.

a) *Sujeto activo.*—Indudablemente el autor del tipo delictivo es militar, si bien no cabe descartarse que el inductor paisano pueda ser coautor, como autor principal del delito, empleando en su ejecución a militar en activo. Entendemos que no sería objeto de distinto proceso —*único* a sustanciar por la Jurisdicción Militar— tal difícil, pero no imposible, intervención del «extraneus» (91).

---

(87) Del Olmo; obra citada; pág. 1644.

(88) Idem. nota anterior.

(89) Véase «in extenso», del Olmo, obra citada, pág. 1.643 y 1.644.

(90) Véase Querol, obra citada, II, pág. 465. Comenta el autor el Art.º 335 del Código de Justicia Militar pero, entiendo es perfectamente aplicable al Código Penal Militar Art.º 140.

(91) El inductor —coautor— de este delito militar, podría ser enjuiciado por la Jurisdicción Militar, en virtud de lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la LOCOJM.

El autor material y directo ha de ser militar, ya que el tipo penal lo exige inexcusablemente. Para DEL OLMO puede ser autor «cualquier militar, *sin* que se requiera en él la investidura de autoridad o mando» (92) ni el uso indebido de sus facultades o condición. En igual sentido, se pronunció QUEROL, al comentar su equivalente análogo en el derogado Código de Justicia Militar (93) y precisa que tal actitud puede basarse en la «solicitud de ayuda, en la invocación al compañerismo» (94).

En efecto, la doctrina expuesta, antigua y actual, es coincidente. «El militar» —porque el tipo penal le excluye de calificativos— es precisamente cualquier militar, no necesariamente superior jerárquico, directo o indirecto, sino que es perfectamente imaginable que el soldado de reemplazo convenza a diversos soldados —e incluso cabos— para que se realicen los hechos objetivos del tipo penal del artículo 140 del Código Penal Militar.

b) *Sujeto pasivo*.—El sujeto pasivo del delito —al configurarse sin resultado alguno— sólo pueden ser los integrantes de la fuerza o unidad que sea «sacada» o «utilizada» conforme a los demás elementos y fines del tipo penal; otras consideraciones podrían implicar confusiones con el bien jurídico protegido. En la modalidad de «utilización» existirán terceros que recibirán directa o indirectamente el ejercicio de la acción.

c) *Bien jurídico protegido*.—Para DEL OLMO PASTOR el bien jurídico protegido es doble: «el ejercicio en sí mismo del mando, cuyo abuso pernicioso o torticero previene, y por otro, la disciplina a la que se encuentran obligados quienes integran la fuerza indebidamente utilizada» (95).

Incardinado el artículo 140 en la Sección titulada de «extralimitaciones en el ejercicio del mando», en el Capítulo intitulado «contra los deberes del mando», y dentro del Título «contra los deberes del servicio», ha de considerarse, en términos generales, que el tipo delictivo del artículo 140 atenta contra tales bienes jurídicos en su conjunto; si bien, el genérico bien protegido es los deberes del servicio, que, en unos casos serán además «extralimitaciones del mando» y en otros casos no; si no hay abuso de mando o de atribuciones no podrá predicarse como bien jurídico protegido la extralimitación en el ejercicio del mando, ni siquiera los deberes inherentes al mando.

De ahí que, de un lado sea criticable la inclusión de este precepto en la sección y capítulo intitulados, y de otro que deba acudir al genérico bien

---

(92) Del Olmo, obra citada; pág. 1645.

(93) C.J.M. Art.º 335 «...en su ayuda a centinela, compañía piquete...».

(94) Querol, obra citada; pág. 465.

(95) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

jurídico protegido «del servicio» para justificar la actuación delictiva del militar sin mando, que realice el tipo penal del artículo 140.

Así, puede concluirse que el bien jurídico protegido es no tanto el servicio en general, como la trascendencia de los hechos y su incidencia en la imagen o correcta actuación de las Fuerzas Armadas en todo momento.

d) *Acción típicamente antijurídica.*—El tipo penal define dos formas de actuación:

1. Sacar fuerza o unidad de establecimiento militar: La ilicitud penal consiste —y sin que ello exija ulteriores precisiones— en el puro y simple hecho de que un grupo de militares salgan del «cuartel» o «establecimiento militar». Se sanciona igualmente el sacar unidad (96) como fuerza(97), lo que en todo caso conlleva un colectivo de militares, evidentemente con uniforme (98), y posiblemente con armas, aunque no lo exige el tipo penal.

El tipo sanciona el mero hecho de que, en lugar de permanecer en el establecimiento militar donde deben estar, salgan fuera de él, sin requerirlo el servicio.

2. Utilizar fuerza o unidad fuera de establecimiento militar: Presupone la existencia legítima de la fuerza o unidad fuera del establecimiento militar, y el tipo se consume con su mero empleo o uso, sin exigirlo el servicio. Se trata de «extralimitaciones» en el empleo de la fuerza militar, fuera de sus acuartelamientos, y sin fines de ejecución del servicio encomendado —lo que integraría otro delito (99)—; es decir, los puros abusos, prevalencias, chulerías, coacciones leves, presiones psíquicas, etc.. sin resultado, pues en razón de éste existiría el concurso ideal con el delito consecuente al resultado, como seguidamente examinaremos.

e) El resultado de la acción.—El presente tipo penal no exige resultado específico de las acciones definidas en el artículo 140 del Código penal Militar. El resultado sería «sacar», es decir, que el «grupo militar» se ausentase del establecimiento militar, rebasase sus límites, y como tal grupo se alejase de su enclave pura y simplemente; en la otra modalidad comisiva tal resultado —«utilizar la fuerza»— se perfecciona con su «utilización», ésto es, con la trascendencia externa de la presencia de dicha

---

(96) Unidad: Se refiere a las «unidades» reglamentariamente establecidas: vgr. «pelotón»; «sección»; entre otras, etc..

(97) Fuerza sería conjunto de militares no integrados en la misma «unidad orgánica».

(98) Sin uniforme: no serían propiamente «fuerza» ni «unidad». El hecho integraría una infracción del deber de presencia, y/o ciertas modalidades de abuso de autoridad de la Ley Disciplinaria Militar.

(99) Vgr. C.P.M. Art. 138 y 139.

fuerza militar, lo que implica la existencia de un tercero, individuo concreto o plural, que reciba la acción típica.

En definitiva, se trata de un delito de mera actividad ya que el verbo, contenido en el tipo penal —sacar o utilizar—, no exigen un resultado específico, y si éste se produjese, a consecuencia de la acción típica, el concurso real de delitos se produciría inexorablemente, conforme expuso ya QUEROL (100) y ratifica, entre la doctrina actual, DEL OLMO (101).

El concurso ideal es factible con el artículo 176 del Código Penal Militar —conforme apuntó DEL OLMO (102)— porque la acción típica recae específicamente, en lugar de fuerza o unidad, en buque o aeronave. El concurso real, por el resultado dañoso, es cuestionable por la menor punibilidad recogida en los artículos 138 y 139 del mismo Código Penal Militar. Entendemos que el Código distingue y diferencia la actuación personal y directa —sin implicar a un colectivo (103)— de la acción del tipo que examinamos que exige una actuación de una unidad, colectivo, o grupo de militares en la acción típica (104).

En consecuencia, entendemos, en el supuesto de resultar abuso grave o violencias innecesarias (105), aplicable este artículo 140, porque al concurrir no un militar sino una colectividad militar aparece más justa la pena más grave (106).

f) *Culpabilidad*.—El dolo del tipo penal que consideramos es el normal, o dolo simple. Ni la tipificación, ni sus elementos, exigen otros requisitos que el conocimiento y libertad de decisión, respecto a: la actuación ajena al servicio, la ilicitud de ausentarse la fuerza del cuartel, o su empleo o utilización fuera del establecimiento militar.

Las consecuencias de tal ausencia son ajenas al tipo, al igual que el posible resultado, concreto y lesivo para terceros, en la utilización de la «fuerza», conforme a la posibilidad de concursos de delitos —ideal o real— ya expuestos.

g) *Punibilidad*.—El Código sanciona la acción antijurídica y culpable de este tipo con la pena de seis meses a seis años de prisión.

---

(100) Querol, obra citada, II, pág. 465.

(101) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

(102) Del Olmo, obra citada, pág. 1645.

(103) El autor del Art.º 138, al igual que el del Art.º 139, ambos del Código Penal Militar, realiza por sí, y sin auxilio ni colaboración de otros, la acción típica.

(104) El Art.º 140 del C.P.M. implica el uso de un colectivo militar como esencial al tipo.

(105) C.P.M. Art.º 138: «...de tres meses y un día a dos años...» y Art.º 139: «... de cuatro meses a cuatro años...».

(106) C.P.M. Art.º 140 «...de seis meses a seis años ...».

Resulta significativo no sólo el límite mínimo de la pena, elevado en relación con la habitual de tres meses y un día (107) —límite con la falta grave (108)—, sino el límite máximo, que en los tipos penales con los que puede tener relación, o posibilidad de concurso ideal o real, se cifra en cuatro o cinco años (109).

La única justificación de tal penalidad riqurosa reside en el empleo de una colectividad armada en la realización del delito; no precisa un concierto de voluntades de los integrantes de la fuerza o unidad. En efecto, el empleo en la acción típica de un grupo militar —armado o no— justifica la penalidad. Su proximidad al consuetudinario delito de sedición abona tal gravedad para los autores (110), si bien conviene precisar que existe la «colectividad» en el tipo del artículo 140, pero no el «concierto» inexcusable en la sedición (111), lo que —de producirse—, llevaría al tipo del artículo 91 del Código Penal Militar o a las sediciones impropias (112).

h) *Jurisprudencia*.—No existe pronunciamiento del Tribunal Supremo. Sala Quinta, acerca del uso de fuerza armada, unidad o centinela, para fines personales o en ayuda para una pendencia.

**D) Art.º 141.**—«El militar que, en una pendencia o para fines exclusiva personal, llame en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Con sus antecedentes de «sedición» (113), la actual tipificación penal es casi transcripción literal del artículo 335 del derogado Código de Justicia Militar (114).

Aquí, el tipo penal excluye el concierto preciso para la sedición —conforme se acaba de razonar— y según el tenor literal del precepto, la actuación es individual de un militar.

---

(107) C.P.M. Arts. 103, 104, 138, etc... entre los más afines.

(108) L.D.M. Art.º 10 y correlativos; hoy artículo 14 arresto de 1 mes y 1 día a dos meses en la vigente L.O 8/1998.

(109) C.P.M. Arts. 103, 104, 138, 139, 176, entre los más específicos.

(110) Así: Véase Querol, obra citada, II, pág. 465 y Del Olmo, obra citada, pág. 1644.

(111) Querol, obra citada, II, págs. 386 y ss. Francisco Jiménez Jiménez, Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Cívitas, Madrid 1.988, págs. 1025 y ss.

(112) C.P.M. Arts. 92 y 96.

(113) Véase «in extenso»: Del Olmo, obra citada, pág. 1645-6 Querol y Durán, obra citada, II, pág. 465.

(114) C.J.M. Art.º 335. «El militar que en una pendencia o para fines exclusivamente personal llame en su ayuda a centinela, compañía, piquete o guardia, sufrirá la pena de prisión militar (desde seis meses) hasta seis años». Véanse comentarios al artículo en Querol, obra citada, II, pág. 465.

El tipo delictivo consiste en el abusivo empleo de fuerza armada —una persona o un colectivo, militares— para un fin personal, exista o no pendencia concreta, y contra terceros.

La ayuda es un elemento del tipo penal que, de no existir, excluiría este delito y sería otro, más grave previsiblemente.

a) *Sujeto activo*.—El autor ha de ser necesariamente un militar, según el tenor literal del artículo 141 del Código Penal Militar; DEL OLMO puntualiza que «no parece ser intención del legislador (incluir) a quien estuviera investido de alguna autoridad o mando y que usare indebidamente de aquéllas» (115). Así, puede ser autor cualquier militar, sin descartar la posibilidad del inductor paisano (116).

b) *Sujeto pasivo*.—Al igual que en el supuesto del artículo 140, y al no exigir el tipo resultado alguno, el sujeto pasivo será el centinela, o los integrantes de la unidad o fuerza armada; indirectamente serían sujetos pasivos los terceros a quienes se enfrenta el centinela o la fuerza.

c) *Bien jurídico protegido*.—Cabe reiterar aquí lo ya expuesto al examinar el artículo 140.

Los deberes del servicio aparecen, por la inclusión del tipo bajo tal rúbrica, como bien jurídico protegido.

Para DEL OLMO, «el bien jurídico protegido se diversifica en la disciplina y en el buen régimen de los Ejércitos» (117). El ilícito empleo de la fuerza militar evidentemente atenta contra el servicio, en sentido genérico, e infiere perjuicio al buen régimen de los Ejércitos, en su imagen pública deteriorada por la acción típica.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—En sentido estricto la acción es única, consistente en llamar en ayuda a uno o varios militares armados; en efecto:

1. Centinela.—El concepto de centinela ha sido objeto de especial dedicación por la doctrina especializada (118): son sus homónimos pañolero, serviola, tope y escucha, entre otros, en la terminología anterior al Código Penal Militar.

---

(115) Del Olmo, obra citada, pág. 1647.

(116) L.O.C.O.J.M. Arts. 14 a 16.

(117) Del Olmo, obra citada, pág. 1647.

(118) Véase, «in extenso», QUEROL; obra citada, pág. 247: «Centinela es el soldado o marinero que vela, guardando el puesto que se le encarga». Idem, CONEJOS, obra citada, pág. 419: «Centinela es el guarda que vigila por la seguridad exterior de una guardia, puesto militar, plaza o edificio, previniendo los transtornos de toda sorpresa o peligros que puedan venir de fuera».

El artículo 11 del vigente Código contiene una definición auténtica del término centinela (119), que comprende el tradicional concepto de el que guarda un puesto, la ya consuetudinaria equiparación al operador de transmisiones, y la casi innovación respecto a controladores de espacios.

Las Reales Ordenanzas precisan la importancia y las misiones del centinela (120).

Tras la promulgación del Código Penal Militar, la doctrina (121) ha resaltado la existencia de diversas definiciones de centinela: en las Ordenanzas de los tres Ejércitos y en la Ley Disciplinaria Militar, además de en el Código castrense.

Con acierto, MORALES VILLANUEVA propugna la preferente aplicación de la definición auténtica (122) y resalta la actualización del concepto según «los nuevos avances técnicos en el campo de las transmisiones y la electrónica» (123).

2. Unidad.—Se trata del conjunto de personal y medios, articulados de modo permanente y estable (124). Como ya se ha dicho son: escuadra, pelotón, sección, etc...

El tipo no indica expresamente que la unidad, conjunto de militares, porte armas, aunque me inclino por tal exigencia: de un lado, el centinela y la fuerza armada llevan implícito el uso de las armas: de otro, parece claro que el reproche penal radica precisamente en el peligro latente al portar armas y del riesgo potencial de su empleo ilícito.

3. Fuerza armada.—La evolución del concepto de fuerza armada, en sentido reductor de su contenido, ha sido examinado por la doctrina (125).

---

(119) C.P.M. Art.º 11: «A los efectos de este Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres, marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios.»

(120) RR.OO. Arts. 59 a 64.

(121) Véase «in extenso»: Comentarios al Código Penal Militar. Ed. Cívitas. Madrid 1.988. Capítulo XI: «Definición de fuerza armada y centinela» por Antonio Morales Villanueva; pág. 255-170.

(122) C.P.M. Art.º 11, ya transcrito.

(123) Morales, obra citada, pág. 270.

(124) De las RR.OO. del Ejército de Tierra. R. Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre. Art.º 4.

(125) Véase «in extenso»: Querol, obra citada, pág. 253. Idem: Morales Villanueva, obra citada, pág. 260 y ss.

El artículo 10 del Código Penal Militar contiene una definición auténtica de fuerza armada (126), que requiere copulativamente:

— Militares o miembros de la Guardia Civil, de uniforme y con armas.

— Prestar servicios reglamentariamente ordenados de índole militar.

MORALES VILLANUEVA estudia minuciosamente el concepto de fuerza armada, tanto respecto a los miembros de los Ejércitos como a los pertenecientes a la Guardia Civil (127).

La definición legal está perfilada más para concretar la especial protección penal, que se deriva de su cualidad, que para precisar el elemento del tipo que examinamos. Evidentemente, la fuerza armada no es tal sino apariencia de ella; en efecto, la esencial de «fuerza armada» conlleva la prestación de servicios reglamentariamente ordenados, y ello resulta frontalmente opuesto al ilícito empleo de la fuerza armada que integra el tipo delictivo.

4. En pendencia.—Ha de entenderse como reyerta o pelea, no sin excluir fuertes discusiones o intentos de agresión; es decir la violencia física no es exigible; puede instarse la ayuda en enfrentamientos verbales violentos, que puedan presagiar hechos violentos físicamente.

5. Para fines exclusivamente personales.—Parece que el calificativo «exclusivamente» es supérfluo, si bien entiendo que su inclusión en el tipo subraya la total ausencia de motivación conexas con el servicio, certera o erróneamente interpretado por el autor.

6. Llamar en su ayuda.—Es el núcleo de la acción. El concepto no exige comentarios, ya que el «llamar» y la «ayuda» han de entenderse en su sentido vulgar o cotidiano.

e) *El resultado de la acción.*—Aunque el verbo definidor del tipo penal es «llamar», creo no basta el mero hecho de pedir ayuda, sino que si ésta no se produce no se consumaría el delito (128). La ayuda solicitada sería el resultado exigido.

Al igual que el artículo 140, tampoco este exige un resultado específico; es un delito también de mera actividad.

---

(126) C.P.M. Art.º 10: «A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, preste servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando, prestando servicio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.»

(127) Morales, obra citada, pág. 262-267.

(128) Parece que en similar sentido se pronunció QUEROL, obra citada, pág. 465.

El concurso real de delitos aparece como posible, e incluso probable, si el empleo de la fuerza física lleva a un resultado fáctico, con penalidad más grave.

Discrepo de quienes entienden factible el concurso con el delito de sedición (129), ya que el «concurso de voluntades», inherente a este delito, excluiría el del artículo 141 que examinamos.

El concurso ideal parece evidente con el artículo 140 precedente, si a la «llamada» sigue la «utilización» del grupo armado.

f) *Culpabilidad*.—El mero conocimiento y libre decisión de pedir ayuda al centinela o colectivo armado cubre las exigencias de culpabilidad; se requiere un dolo simple, que ha de abarcar la situación de pendencia o finalidad personal.

El posible resultado, derivado de la actuación del militar armado, en tal ayuda, no ha de ser abarcado por el autor, sin perjuicio del posible dolo eventual latente en el dolo simple del artículo 141, en cuanto el empleo de personas armadas implica la previsibilidad del empleo de las armas.

g) *Punibilidad*.—La pena señalada en este tipo es de cuatro meses a cuatro años de prisión, singularmente inferior, en sus límites mínimo y máximo, a la del artículo 140 (6 meses a 6 años de prisión).

En una primera lectura no parece fácilmente comprensible la diferencia de penalidad entre el artículo 140 y el presente 141. En ambos casos se da el empleo ilícito de grupo militar armado y la finalidad ajena al servicio las distinciones en la acción típica de uno u otro delito son mínimas.

La única justificación de la menor penalidad del artículo 141 sería la consumación adelantada por la mera «llamada» a tal grupo armado, si bien en la mayoría de los supuestos significaría la actuación de éstas, tipificada, en muchos casos, en el artículo 140. En todo caso, no parecen muy claras ni la diferencia de penas ni la existencia, incluso, de los dos delitos separados.

h) *Jurisprudencia*.—El exponer a unidad, buque o aeronave a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión, no ha sido objeto de enjuiciamiento por la Sala de Militar del T.S, ni —felizmente (130)— por ningún otro órgano judicial español.

**E) Art.º 142:** «El militar que expusiese a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

---

(129) Entre otros, Del Olmo, obra citada, pág. 1.647.

(130) A esta afirmación no son, en absoluto, ajenas la existencia de unidades españolas en el extranjero, bien humanitarias bien de mantenimiento de la paz (bloqueo naval de Irak, «denied flight» en la exYugoslavia, etc.).

En comparación con los dos artículos precedentes, éste si es perfectamente incluíble en un concepto genérico y amplio del abuso de autoridad.

Es un tipo penal que define un clásico delito de riesgo, como luego detallaremos.

Si puede subrayarse una idea o concepto esencial para resumir este tipo delictivo es incuestionablemente: riesgos innecesarios.

El riesgo inherente a la vocación militar es permanente, aún a costa de sacrificios y de la entrega de la propia vida en defensa de la Patria, como imperan las Reales Ordenanzas (131) y resalta DEL OLMO PASTOR (132). Indudablemente, una cosa es asumir, por vocación y obligación, riesgo lógico y objetivo, y algo muy distinto el verse obligado a soportar un riesgo lógico y superfluo: el primero es exigible al militar, el segundo rechazable.

Como acertadamente escribe DEL OLMO, al militar con mando no sólo le está proscrita «la omisión de las reglas de la doctrina (militar) que aconsejan el empleo racional de los medios disponibles» sino que le viene imperada la aplicación de «los reglamentos tácticos y las ordenes recibidas para la mayor seguridad de las fuerzas e instalaciones» (133).

El «abuso» de la autoridad, o mando, consiste ahora en un exceso de celo, en una extralimitación de facultades, que, en términos coloquiales, serían «hombradas», «atrevimientos», el «más difícil todavía», etc ...

a) *Sujeto activo*.—El tipo penal exige que sea militar con mando sobre la unidad, buque o aeronave, sometida o expuesta al riesgo innecesario para cumplir la misión encomendada.

No se nos alcanza la extensión DEL OLMO hace respecto al que «tenga bajo su custodia medios o armamento» (134): tal interpretación extensiva no es admisible sin la específica concurrencia de ser el titular del mando, concepto éste específico y concreto; en su defecto, la acción integraría otro delito (135).

b) *Sujeto pasivo*.—Conforme a la definición legal, el sujeto pasivo de este delito es el personal militar de la unidad, buque, o aeronave, en situación de riesgo.

---

(131) RROO Art.º 27 y 31, entre otros.

(132) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(133) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(134) Del Olmo, obra citada, pág. 1649.

(135) Tal vez, según los supuestos fácticos, los de «contra la eficacia del servicio» de los artículos 155 y siguientes del C.P.M.; bien, los de «contra la integridad del buque o aeronave «del artículo 167; bien, los de «contra los deberes del buque o aeronave» de los artículos 172 y 173; o bien, los «contra los deberes del servicio a bordo.» del artículo 177, del C.P.M.

c) *Bien jurídico protegido*.—Para DEL OLMO el bien jurídico protegido es tanto «la integridad de las fuerzas y medios», como «la consecución del objetivo asignado» (136), aunque es más certero, en otro momento de su obra, al subrayar que este precepto penal «protege el ejercicio racional del mando» (137).

En efecto, el tipo del artículo 142 sanciona el crear riesgos innecesarios para cumplir una misión a quien ostente el mando; y, en consecuencia y en coherencia con el título de la sección —extralimitaciones en el ejercicio del mando— el bien jurídico protegido no es otro que el legítimo y correcto ejercicio del mando.

Las Reales Ordenanzas, al precisar las «funciones del militar, en el ejercicio del mando» (138), subrayan que «el ejercicio del mando no es renunciable ni compartible» (139), pero, por lo que nos atañe, prescriben específicamente que «será prudente en sus decisiones» y «no se empeñará en ellos si la evolución de los acontecimientos aconseja variarlos» (140). Expresamente «considerará las vidas de sus hombres como valor inestimable que la Patria le confía y no les expone a mayores peligros que los exigidos para el cumplimiento de la misión» (141), y «administrará con ponderación e integridad los medios y recursos puestos a su disposición...» (142).

Los precedentes imperativos de las Reales Ordenanzas son protegidos, en vía penal, por el artículo que examinamos.

d) *Acción típicamente antijurídica*.—El autor del delito, que ha de ser militar titular del mando de la unidad, ha de crear una situación de riesgo innecesario. El término exponer significa obligar a soportar el riesgo innecesario para el cumplimiento de la misión: así, el mando adopta decisiones que implican un riesgo no preciso para cumplir la misión encomendada.

Tal exposición al riesgo puede ser activa o pasiva, tanto mediante una orden concreta o genérica, como por la no adopción de medidas cautelares exigibles.

Tal riesgo puede afectar a los subordinados o al material militar. Como preciso DEL OLMO: «La acción consiste en poner en peligro la vida o integridad de los miembros de la unidad mandada, o someter a riesgo de

---

(136) Del Olmo, obra citada, pág. 1649...

(137) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(138) RROO. Título IV, Arts. 71-108.

(139) RROO. Art.º 79.

(140) RROO. Art.º 93.

(141) RROO. Art.º 96.

(142) RROO. Art.º 107.

daños a buques o aeronaves» (143). El riesgo a la unidad incluye a sus medios materiales de acción.

La unidad ya ha sido objeto de exposición precedentemente, y los términos buque o aeronave no precisan ulterior definición.

El riesgo innecesario puede conectarse con la imprudencia profesional y con la extralimitación o exceso de celo, es decir la acción puede consistir en excluir medidas de precaución, imperadas por la «doctrina militar», «arriesgar más de lo preciso», o bien por extremar actos o conductas con exceso sobre lo normal o lógico en cada caso.

Como indica DEL OLMO el delito proscribire «el actuar irracional de un mando, que fuerza las condiciones lógicas que el cumplimiento de la misión asignada exige» (144).

e) *El resultado de la acción.*—Es simplemente el riesgo creado, precisamente por ser innecesario, éste es superior al riesgo objetivamente inherente al cumplimiento de la misión...

Las dificultades de prueba del resultado —que subraya DEL OLMO (145)— son evidentes, pero siempre será factible determinar si el riesgo es o no necesario para cumplir la misión, en cada caso concreto. Así, el Código de Justicia Militar especificaba el riesgo en la introducción de luces o materiales fácilmente inflamables en polvorines (146). El no montar un servicio de guardia, por la noche, con el mando de una unidad de cien hombres, es evidentemente exponer a la misma a un riesgo innecesario.

Acertadamente DEL OLMO prevé hasta la exposición a riesgos futuros, como las exposiciones innecesarias a radiaciones nucleares (147).

En el presente tipo penal el resultado es de puro riesgo, y para su evaluación puede ser interesante el estudio de los tipos delictivos con resultado y cometidos por negligencia, tales como determinados tipos «contra la eficacia del servicio» (148) o «contra los deberes del servicio relacionados con la navegación» (149).

Por otra parte, con igual pena, se sancionarán delitos de riesgo específico, como riesgos de incendios, explosiones, o para la seguridad de la

---

(143) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(144) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(145) Del Olmo, obra citada, pág. 1648.

(146) C.J.M. Art.º 401 «El militar que sin orden competente introduzca o permita introducir luces o materiales inflamables en pañoles, polvorines o almacenes que contengan efectos de fácil combustión...».

(147) Del Olmo, obra citada, pág. 1648 Nota 27.

(148) C.P.M. Arts. 155 y ss

(149) C.P.M. Arts. 165 y ss

fuerza o establecimientos (150), si bien en el artículo 157 pueda cometerlo cualquier militar, y no solo el que ostente el mando.

Prescindiendo de otros ejemplos, es preciso concluir que tales resultados cometidos por imprudencia, y otros conscientemente, son una pauta para evaluar el riesgo.

f) *Culpabilidad*.—El tipo penal exige el dolo simple, que se concreta en el conocimiento de crear tal situación de riesgo, su carácter de «innecesario» o excesivo o superfluo, y la libre decisión de asumirlo e imponerlo a personas o material militar.

En cierta medida el mando militar prevé el resultado dañoso y arriesga el que no se produzca. En palabras de DEL OLMO «el mando militar tiene que tener plena consciencia del peligro que se arrastra» (151).

El asumir lo innecesario del riesgo es lo que integra la culpabilidad; si se estima que es necesario el riesgo concreto faltaría un elemento subjetivo del injusto; si tal creencia es errónea, estaríamos en conexión con la «clásica doctrina del error» en Derecho Penal.

g) *Punibilidad*.—El artículo 142 prescribe la prisión de tres meses y un día a dos años. Parece adecuada la penalidad al tratarse de un delito sin resultado sino de mero riesgo; la amplitud de la extensión a cuantificar de la pena permite que el Tribunal Militar pueda acertar en cada caso concreto.

---

(150) C.P.M. Arts. 157 y ss

(151) Del Olmo, obra citada, pág. 1649.

**NIÑOS SOLDADOS:  
comentarios al protocolo facultativo de la convención  
sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños  
en los conflictos armados**

M.<sup>a</sup> Rosario Ojinaga Ruiz  
*Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho  
Internacional Público. Universidad de Cantabria*

*SUMARIO*

I. Introducción. II. Las formulaciones previas de las prohibiciones relativas al reclutamiento y la participación de niños en las hostilidades. A. Las normas del Derecho Internacional Humanitario y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. B. La Convención sobre los Derechos del Niño. C. El Convenio n.º 182 de la O.I.T. sobre la eliminación de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación D. La Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño III. El alcance de las prohibiciones establecidas en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en conflictos armados. A. La edad mínima para el reclutamiento y la participación directa en las hostilidades B. Las obligaciones para los Estados Partes (I): prohibiciones y garantías relativas al reclutamiento de niños C. Las obligaciones para los Estados Partes (II): La prohibición relativa a la participación directa en las hostilidades. D. Las obligaciones complementarias para los Estados Partes. E. Las obligaciones impuestas a los grupos rebeldes u otras formaciones armadas irregulares respecto del reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades. IV. La cuestión de las reservas. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho Internacional relativo a los derechos del niño está constituido por un conjunto normativo heterogéneo de normas, convencionales

y consuetudinarias, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados, además de los principios generales del Derecho; en particular, el principio relativo al reconocimiento de la dignidad humana, considerado como la esencia misma de los distintos sistemas de protección de la persona (1).

El instrumento principal en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, como culminación de un proceso que se había iniciado con los preparativos para el Año Internacional del Niño en 1979. Ya con anterioridad, la Sociedad de Naciones y las Naciones Unidas adoptaron en 1924 y 1959, respectivamente, una Declaración de los Derechos del Niño. En varios instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos — tanto universales como regionales— (2) y el Derecho Internacional Humanitario (3) se habían incluido disposiciones específicas para los niños. En

---

(1) Es significativo, a este respecto, el pronunciamiento de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el asunto *Furundzija*: «The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of the human dignity of every person [...] The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law» (*Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case N.º IT-95-17/1-T 10, 19 December 1998, ¶ 183).

(2) FERNÁNDEZ SOLA, N., *La protección internacional de los derechos del niño*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1990; GONZÁLEZ, S.M., *La protección de la infancia en el marco del Derecho Internacional*, Cruz Roja Española, Madrid, 1991; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española/Tirant lo blanch, Valencia, 2001; RUIZ GIMÉNEZ, J., «The Human Rights of the Child», *Review International of the Commission of Jurists*, n.º 50, 1993, pp. 81-88; VAN BUEREN, G., *The International Law of the Rights of the Child*, Save the Children/Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1998.

Para un estudio de la acción regional a favor de los derechos de la infancia: CALVENTO, U., «Los Derechos del Niño en el marco de la OEA», *Revista de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales, n.º 17-18, septiembre-diciembre 1989; GUTHRIE, R., «Los niños y el Consejo de Europa», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, mayo-junio 1992, pp. 61-84; QUINTIN, O., «Acciones Comunitarias en relación con la infancia», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, mayo-junio 1992, pp. 85-104; VERHELLEN, E., «Los Derechos del Niños en Europa», *Infancia y Sociedad*, n.º 15, 1992, pp. 38-60.

(3) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit.; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección intencional de los niños en los conflictos armados», *Annuaire XII-XIII, Anuario de la UNED*, Barbastro, 1995-2000, pp. 9-50; DUTLY, M.T./BOUVIER, A., «Protection of Children in Armed Conflicts: The Rules of International Law and the Role of the International Committee of the Red Cross», *The*

cambio, los instrumentos convencionales del Derecho Internacional de los Refugiados y Apátridas —el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de Nueva York de 1967, así como el Convenio de Ginebra de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas— no contienen disposiciones específicas para los niños. No obstante, varias Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa de ACNUR —algunas de las cuales tienen «intención reguladora» y forman parte del denominado *Soft Law* (4)— enuncian principios para la protección especial de los niños y adolescentes refugiados (5).

Aun cuando sus contenidos, ámbitos y técnicas de aplicación difieren, todos estos sistemas desarrollan una función concurrente o complementaria en la protección del niño en situaciones de conflicto armado (6).

---

*International Journal of Children's Rights*, vol. 4, n.º 2, 1996, pp. 181-188; GÓMEZ ISA, F., «Los niños en los conflictos armados», *Papeles de cuestiones internacionales*, n.º 69, invierno 1999-2000, pp. 77-86; HAMILTON, C., «Armed Conflict: the Protection of Children under International Law», *International Journal of Children's Rights*, vol. 5, n.º 1, 1997, pp. 1-46; PLATTNER, D., «La protección a los niños en el Derecho Internacional Humanitario», *Revista Internacional de Cruz Roja*, n.º 63, Mayo-Junio 1984, pp. 148-161; SINGER, S., «La protección debida a los niños en situaciones de conflicto armado», *Revista Internacional de Cruz Roja*, n.º 75, Mayo-Junio 1986, pp. 135-172; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 49, 1996, pp. 127-159; VAN BUEREN, G., «The international legal protection of children in armed conflicts», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n.º 4, 1994, pp. 809-826.

(4) CORTÁZAR ROTAECHE, C.J., *Derecho de asilo y «no rechazo» del refugiado*, Universidad Pontificia de Comillas, Dykinson, Madrid, 1997, p. 168; STUCKI, J., «The Executive Committee of the UNHCR Programme», *International Journal of Refugee Law*, vol. 1, n.º 3, 1989, p. 305.

(5) Conclusión N.º 47 (XXXVIII) - 1987, sobre los niños refugiados, apartado e); Conclusión N.º 59 (XL) - 1989, sobre los niños refugiados; Conclusión N.º 84 (XLVIII) - 1997 sobre los niños y adolescentes refugiados.

(6) En general, sobre las relaciones entre estos sistemas normativos: AL-FALLOUJI, I., «Pour une thèse plus humaniste de tous les droits de l'homme», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, SWINARSKI, CH (ed.), Nijhoff, Genève/La Hagwe, 1984; CALAGEROPOULOS-STRA-TIS, A., «Droit humanitaire-Droits de l'Homme et victimes des conflits armés», *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 655-662; DOSWALD-BECK, L., VITÉ, S., «Derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos» *RICR*, n.º 116, 1993, pp. 99-126; EIDE, A., «The laws of war and human rights - Differences and convergences», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 675-698; GROSS ESPIELL, «Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 699-712; MERON, T., «On the inadequate Reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument, cit.», «The protection of the human persons under human rights law and humanitarian law», *Bulletin of Human Rights* 91/1, Naciones Unidas, Nueva York, 1992;

2. Es un hecho que, aparte de los números impresionantes de niños muertos o mutilados en conflictos armados, más de veinte millones sufren el desarraigo debido al desplazamiento interno o fuera de su país, muchos quedan huérfanos y millares son víctimas de la violación u otras formas de abuso sexual. Asimismo, se estima que *unos 300.000 jóvenes menores de 18 años de edad se han visto obligados a tomar las armas y participar en las hostilidades en más de 30 países* (7). El fenómeno afecta a niños y

---

MEURANT, J., «Derecho Humanitario y Derechos Humanos: especificidades y convergencias», *RICR*, n.º 116, 1993, pp. 93-98; PÉREZ GONZALEZ, M., «Las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario», *Cursos Euromediterráneos*, Bancaja de Derecho Internacional, Aranzadi, 1997, pp. 323-393; ROBERTSON, A.H., «Humanitarian law and human rights», *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet*, cit., pp. 793-802; SCHINDLER, D., «El Comité Internacional de la Cruz Roja y los derechos humanos», *RICR*, n.º 31, 1979, pp. 3-15.

(7) *Protección de los niños afectados por los conflictos armados*. Informe del Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados, Doc. NU A/53/482, 12 de octubre de 1998, p. 6.

BENNETT, E. (ed.), *Using children in armed conflict: a legitimate African tradition? Criminalising recruitment of child soldiers*, ISS Monograph Series, N.º 32, 1998; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección internacional de los niños en los conflictos armados», cit.; BRETT, R., «Child soldiers: law, politics and practice», *The International Journal of Children's Rights*, 1996, N.º 4, pp. 115-128; BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*, Instituto Henry Dunant en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, Ginebra, 1993; COHN, I., «The Convention on the Rights of the Child: What it Means for Children in War», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3, N.º 1, 1991, pp. 100-111; COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Los niños soldados*, Report on the participation of children in armed conflicts and internal disturbances and tension for the United Nations Study on the Impact of armed conflict on children, Rådala Bainen, Stockholm, 1996; DUTLI, M-T., «Niños combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 101, 1990, pp. 452-466; GÓMEZ ISA, F., «El Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, CALVO GARCÍA, M./FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord), Mira, Huesca, 2000, pp. 207-218; *La participación de los niños en los conflictos armados*, Universidad de Deusto, Cuaderno Deusto de Derechos Humanos, n.º 10, Bilbao, 2000; HAPPOLD, M., «Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities», *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVIII, 2000, pp. 27-52; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., pp. 367-432; HOWARD, M., «International Law and the child soldier», *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, Vol. 36, N.º 1, pp. 32-57; KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, Publications of the Institute of Public Law at the University of Helsinki, Helsinki, 1987; KRILL, F., «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Controvertido artículo 38», *Difusión*, 1989, N.º 12, pp. 11-12; «The protection of children in armed conflict», *The Ideologies of Children Rigihsm*, FREEMAN, M./VEERMAN, P. (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 347-356; MASLEN, S., «The use of children as soldiers: the right to kill and be killed?», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 4, 1998, pp. 445-451; SAN MARTÍN

jóvenes en Asia, América Latina, África y Oriente Medio, aunque también han participado niños en los conflictos armados ocurridos tras la desintegración de la antigua Unión Soviética y el reclutamiento de menores de 18 años es una práctica regular en algunos Estados Occidentales como Estados Unidos y Reino Unido (8). En algunos casos, el porcentaje de menores que participan en hostilidades es alarmante. Se estima que hasta el 30% de algunas unidades guerrilleras y el 50% de determinadas unidades paramilitares están formadas por niños (9). La mayor parte de ellos tienen entre 15 y 18 años, pero se conocen muchos casos de utilización en tareas militares y conexas de niños de menor edad.

Entre las causas del incremento de la utilización de niños como soldados deben considerarse, en primer lugar, *los mismos factores sociales, económicos e ideológicos que intervienen en el desencadenamiento de los conflictos armados y que resultan exacerbados como consecuencia de éstos*. Los niños que se ven obligados a luchar suelen ser pobres, analfabetos y de zonas rurales y los voluntarios están frecuentemente motivados por su deseo de escapar a la pobreza y son seducidos fácilmente por llamamientos a ideologías étnicas o religiosas (10). Entre los más vulnerables al reclutamiento por grupos o fuerzas armadas están, por ejemplo, los niños refugiados o desplazados internamente que han quedado separados de sus familias y desarraigados (11). También se están estudiando actualmente las vulnerabilidades y experiencias más específicas de las niñas soldados —que en conflictos como los de El Salvador, Etiopía o Uganda constituyen una tercera parte del total de los menores soldados (12)—, pues todavía se sabe poco de los sufrimientos extremos y las distintas funciones que éstas se ven obligadas a desempeñar durante los conflictos y una vez concluidos éstos (13).

---

SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «El problema de los niños soldados». *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, cit., pp. 219-244; SEDKY-LAVANDERO, J., «Los niños de la guerra», *Papeles de cuestiones internacionales*, N.º 62, 1997, pp. 131-141; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», cit.

(8) *Organisation for Security Cooperation in Europe (OSCE) Briefing: The Use of Children by OSCE member States*. Human Dimension Seminar on Children and Armed Conflict, Warsaw, 23-26 May 200.

(9) *Exposición presentada por Vigilancia de los Derechos Humanos*, organización no gubernamental reconocida como entidad consultiva especial, ante la Comisión de Derechos Humanos, 55 período de sesiones, 18 de enero de 1999.

(10) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 13.

(11) *Ibid.*, p. 12, par. 30.

(12) *Girls with Guns. An Agenda on Child Soldiers for «Beijing Plus Five»*, Coalition to Stop the Use of Child Soldiers (<http://imagesasia.org/girlwithgun.html>).

(13) *Ibid.*, p. 15, par. 34 y 36.

Asimismo, existe una fuerte relación entre el incremento de niños soldados y la disponibilidad de armas ligeras, pequeñas, de bajo costo y fáciles de manejar. Por este motivo, la UNICEF, el Departamento de Asuntos de Desarme y la Oficina del Representante Especial para la cuestión de los niños y los conflictos armados de las Naciones Unidas han copatrocinado acciones de difusión vinculando la lucha contra el tráfico ilícito de estas armas y la defensa de los derechos de la infancia. Por su parte, el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la celebración la conferencia de las Naciones Unidas sobre el comercio ilícito de armas pequeñas y armas ligeras en todos sus aspectos, exhortó a los Estados a asumir el compromiso de adoptar medidas que limiten el tráfico ilícito de aquéllas y recomendó «la preparación de códigos mundiales de conducta en que se tome plenamente en cuenta la protección de los niños, incluso un sistema viable para marcar las armas y las municiones en el momento de su manufactura» (14).

Además, los testimonios directos recogidos en las zonas de conflicto suelen hacer referencia a otros motivos en el incremento de la utilización de niños en tareas militares. En general, se considera que los niños son soldados muy eficaces porque cuesta menos mantenerlos, se muestran más obedientes y son más fáciles de manipular que los adultos. Por estas mismas razones, son frecuentemente utilizados en actividades de alto riesgo, actuando en las emboscadas como avanzadillas o participando en las labores de detección y limpieza de minas.

La participación en conflictos armados tiene graves consecuencias físicas y psicológicas para los niños que están directamente relacionadas con la participación en los combates, pero también con las secuelas características de las técnicas de adiestramiento y otras medidas complementarias como el suministro de alcohol y drogas, las amenazas, los malos tratos y los abusos sexuales de los que suelen ser objeto e incluso, en algunos casos, el método mismo del reclutamiento que puede haber sido el secuestro y la separación forzosa de sus familias. También la participación de niños en las hostilidades entraña riesgos para otros niños, ya que supone una quiebra de los fundamentos de la protección especial de la que tradicionalmente se les ha considerado merecedores. Incluso, se ha constatado que la actuación de los niños soldados conlleva peligros adicionales para la población civil, pues algunos de los actos de estos menores se caracterizan por la crueldad a la que son incitados mediante la manipula-

---

(14) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 22.

ción de su inmadurez, sus temores o sus deseos de venganza cuando han presenciado torturas y ejecuciones de personas allegadas o han sido ellos mismos víctimas de la violencia.

3. La prohibición del *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación directa en las hostilidades* figura en el artículo 77.2 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 1977. Por su parte, el Protocolo Adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de la misma fecha, incluye una prohibición reforzada en su artículo 4.3 (c), ya que prohíbe el *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación –directa o indirecta– en las hostilidades*. De esta forma, el Derecho Internacional Humanitario ha expresado su rechazo por un fenómeno que interfiere gravemente en el cumplimiento de su función, pues *la utilización de niños como soldados constituye una negación de la protección especial del niño en conflictos armados*; toda ella presupone la condición de no combatiente del niño y «queda sin efecto cuando éste es utilizado para participar en las hostilidades, hasta que dicha participación cese o hasta que sea capturado» (15).

Más recientemente, estas prohibiciones han quedado reforzadas mediante la tipificación como crimen de guerra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma en julio de 1998, del *reclutamiento o alistamiento de niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o grupos armados o su utilización para la participación activa en las hostilidades*. De esta manera, el enunciado de las prohibiciones dirigidas a los Estados y grupos armados en Derecho Internacional Humanitario, queda complementado con una activación del principio de la responsabilidad penal individual por la comisión de tales actos, tanto en conflictos armados internacionales como sin carácter internacional.

Asimismo, *la participación de los niños en los conflictos armados viola los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño*. En concreto, como ha observado el Comité de los Derechos del Niño, la participación de los niños en actividades militares parece estar en contradicción con los principios consagrados en los artículos 3 y 6 de la Convención: el interés superior del niño y el derecho a la vida y a la supervivencia del niño. No sólo su vida y su desarrollo corren peligro, sino que se ven amenazados su derecho a la sanidad, educación, desarrollo psicológico y bienestar

---

(15) HERNÁNDEZ PRADA, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, Cruz Roja Española, Tirant, Madrid, 2000, p. 368.

general (16). En tal sentido, la propia Convención prohíbe en su artículo 38 el *reclutamiento de niños menores de 15 años y su participación directa en las hostilidades*.

Posteriormente, dos instrumentos internacionales —uno de ámbito universal y otro de ámbito regional—, incrementaron la protección conferida a los niños contra la participación en conflictos armados. La Convención N.º 182 de la OIT sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptada en Ginebra el 17 de junio de 1999, prohíbe en virtud de su artículo 3 a) el *reclutamiento forzoso u obligatorio de niños menores de 18 años para utilizarlos en conflictos armados*. Por su parte, en el artículo 22 de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño, adoptada en 1990 por la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno de la O.U.A., los Estados Partes asumen la *obligación de no reclutar a menores de 18 años y adoptar las medidas necesarias para garantizar que no participen directamente en hostilidades*.

Finalmente, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, las Conclusiones del Comité Ejecutivo de ACNUR que enuncian principios para la protección especial de los niños y adolescentes refugiados incluyen una *condena del reclutamiento forzado, que los expone a la violencia y es contrario a los derechos básicos del niño* (17).

4. La necesidad de reforzar estas prohibiciones, elevando la edad mínima para el reclutamiento y la participación en las hostilidades a los 18 años en un nuevo instrumento de ámbito universal, se hizo sentir ya en el curso de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (1975-1977) (18) y, más ampliamente aun, en el momento de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño (19). Aunque la mayor parte de los Estados no se mostraron entonces dispuestos a asumir esos compromisos, muy pronto se multiplicaron los esfuerzos en este sentido.

---

(16) *Comentarios acerca del informe del grupo de trabajo encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*, Doc. N.U. E/CN.4/1999/WG.13/2, 2 de octubre de 1998.

(17) Conclusión N.º 47 (XXXVIII) - 1987, sobre los niños refugiados, apartado e).

(18) *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, Genève, 1974-1977, III, p. 314.

(19) Véanse las declaraciones de los representantes de Venezuela y Argelia en UN Doc. E/CN.4/1986/39, pp. 504-507. Véanse también las declaraciones realizadas en este sentido, en el momento de la manifestación del consentimiento, por Estados como Andorra, Argentina, Austria, Colombia, Alemania, España, Uruguay y Dinamarca.

Tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se realizaron estudios sobre las repercusiones de los conflictos armados para los niños, incluida la cuestión de su reclutamiento y participación en las hostilidades por iniciativa del CICR (20) y otras organizaciones no gubernamentales (21). En 1998, un grupo de ONGs —la *Coalición para Terminar con el Uso de Niños como Soldados* (22)— puso en marcha una campaña reclamando una mayor atención de la comunidad internacional sobre el tema.

También en diferentes foros políticos y académicos se organizaron en los últimos años varios seminarios sobre el tema (23).

En cuanto a los pronunciamientos realizados con la participación de los Estados, un primer hecho destacable fue la petición formulada por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993 al Comité de los Derechos del Niño de que estudiase la cuestión de elevar a 18 años la edad mínima de reclutamiento en las fuerzas armadas (24). Poco tiempo después, en su resolución II C, la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Ginebra, 1995) (25) tomó nota con satisfacción de los esfuerzos que estaban siendo realizados con tal fin, especialmente en el marco del Plan de Acción para el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja en favor de los niños afectados por conflictos armados, que en su resolución 5 hizo suyo el Consejo de Delegados (26). En el mismo sentido, se sucedieron las declaraciones en diversas conferencias intergubernamentales

---

(20) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S, *Los niños soldados*. Cit.

(21) BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*. Cit.

(22) Forman parte de ella las siguientes organizaciones: Amnistía Internacional, Human Rights Watch, Quaker United Nations Office (Geneva), International Federation Terre des Hommes (Geneva), Jesuit Refugee Services (Geneva), Defence for Children International. El CICR participa como observador.

(23) *Symposium on the Prevention of Recruitment into the Armed Forces and Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa*, organized by UNICED in cooperation with the NGO Sub-group of the NGO Working Group on the Convention on the Rights of the Child, held in Cape Town from 23 to 30 April 1997; *Hague Appeal for Peace - Declaration on the Use of Children in armed Forces and Armed Groups, the Hague Appeal for Peace Workshop on Stopping the Use of Children as Soldiers*, The Hague, Netherlands, 12 May 1999; *The Use of Children by OSCE member States*, Human Dimension Seminar on Children and Armed Conflict, Warsaw, 23-26 May 2000, Organisation for Security Cooperation in Europe (OSCE);

(24) A/CONF.157/24 (Part I), cap. III, sec. II, parr. 50.

(25) *RICR*, enero-febrero de 1996, n.º 817, p. 66.

(26) *Ibid.*, p. 159.

(27) y se adoptaron varios actos de organizaciones regionales como la OUA (28), ECOWAS (29), OEA (30), las instituciones de la Unión Europea (31) o algunos órganos estatales como el Congreso de los Estados Unidos (32).

Paralelamente, se emprendieron diversas iniciativas en el marco de las Naciones Unidas, destacando en tal sentido la labor realizada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y su Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud —que se ocupan de muchos aspectos de la explotación y de los malos tratos de que son objeto los niños— (33), la experta independiente en el tema de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños (34) y el

---

(27) *OUA/African Network for Prevention and Protection Against Child Abuse and Neglect Continental Conference on Children in Situations of Armed Conflict*, June 1997; *Maputo Declaration on the Use of Children as Soldiers*, African Conference on the Use of Children as Soldiers, Maputo, Mozambique, from 19-22 April 1999; *Montevideo Declaration on the Use of Children as Soldiers*, Latin American and Caribbean Conference on the Use of Children as Soldiers, Montevideo, Uruguay, from 5-8 July 1999; *Declaration by the Nordic Foreign Ministers against the use of child soldiers*, Reykjavik, Iceland, August 1999; *Berlin Declaration on the Use of Children as Soldiers*, European Conference on the Use of Children as Soldiers, Berlin, Germany, from 18-20 October 1999; *Kathmandu Declaration on the Use of Children as Soldiers*, Asia-Pacific Conference on the Use of Children as Soldiers, Kathmandu, Nepal, from 15-18 May 2000.

(28) Council of Ministers of the OAU, Resolución 1659 (LXIV) *on the Plight of African Children in situations of armed conflicts*, Yaounde, Cameroon, July 1996; CM/Dec. 482 (LXX) *Decision on the African Conference on the Use of Children as Soldiers*, endorsed by the OAU Assembly of Heads of State and Government, July 1999.

(29) *Declaration and Plan of Action of the Economic Community of West African States*, March 2000.

(30) OEA, AG/RES.1709 (XXX-0/00), *Children and armed conflicts*, 5 June 2000.

(31) Resolución B4-1078 *sobre los niños soldados*, adoptada por el Parlamento Europeo el 17 de diciembre de 1998.

(32) Véase la posición expresada por el Congreso de los Estados Unidos en *Appropriations for the Department of Defense for Fiscal Year 1999, Section 8128 (a) of the Conference Report Accompanying H.R. 4103* (<http://www.hrw.org/campaigns/crp/congress.htm>).

(33) *Slavery and Slavery-like Practices, Militarization of Children*, Draft Resolution, E/CN.4/Sub.2/1989/L.62, 30 August 1989; *Contemporary Forms of Slavery, The recruitment of children into governmental and non-governmental armed forces*, updated report of the Secretary General prepared pursuant to Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities resolution 1991/34, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/35, 25 June 1992; E/CN.4/Sub.2/AC.2/1995/1/Add.1; E/CN.4/Sub.2/Res/1997/22.

(34) En 1993, conforme a una recomendación del Comité de los Derechos del Niño, la Asamblea General aprobó la resolución 48/157, de 20 de diciembre de 1993, en la que se recomendó al Secretario General que designara un experto independiente que estudiase las consecuencias de los conflictos armados en los niños. La Sra. Graça Machel, ex Ministra de Educación de Mozambique, fue nombrada Experta del Secretario General y se le confió la misión de efectuar ese estudio con la asistencia especial del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones

Representante Especial del Secretario General encargado de la cuestión de los niños en los conflictos armados (35).

5. En los últimos años, la situación de los niños afectados por conflictos armados se ha convertido también en un importante objeto de atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, en el ejercicio de su función de mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ha desarrollado una importante función en la reafirmación, desarrollo y aplicación del Derecho Internacional Humanitario (36). El 25 de agosto de 1999, tras un segundo debate abierto sobre esta cuestión, el Consejo de Seguridad adoptaba la resolución 1261 (1999) y, más tarde, la resolución 1314 (2000), de 11 de agosto (37). En ellas, expresando su preocupación por las repercusiones de los conflictos armados en los niños y sus consecuencias a largo plazo para la paz, la seguridad y el desarrollo duraderos, condenaba «el reclutamiento y uso de los niños en conflictos armados en violación del derecho internacional», pedía que se intensificasen los esfuerzos políticos y de otro carácter tales como «la promoción de la disponibilidad de alternativas para los niños a su participación en las hostilidades» e instaba a los Estados y al sistema de las Naciones Unidas a «facilitar el desarme, la desmovilización, la rehabilitación y la reintegración de los niños usados como soldados» (38).

---

Unidas para los Refugiados (ACNUR) y el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase el Informe de la experta del Secretario General sobre las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños, Doc UN A/51/306, de 26 de agosto de 1996 y A/51/306/Add. 1, de 9 de septiembre de 1996.

(35) En respuesta al informe Machel, la Asamblea General aprobó la resolución 51/77, en la que recomendó que el Secretario General nombrara, por un período de tres años, un Representante Especial encargado de la cuestión de las repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Véanse sus informes, Doc UN E/CN.4/1998/119, de 12 de marzo de 1998; A/53/482, de 12 de octubre de 1998; A/54/430, de 10 de octubre de 1999; E/CN.4/2000/71, de 8 de febrero de 2000; E/CN.4/2001/76, de 25 de enero de 2001; E/CN.4/2002/85, 7 de febrero de 2002.

(36) BOISSON DES CHAZOURNES, L., «Les résolutions des organes des Nations Unies, et en particulier celles du Conseil de sécurité, en tant que source de droit international humanitaire», *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Actes du colloque international à l'occasion du cinquantième anniversaire de l'ONU (Genève-19,20 et 21 octobre 1995), CONDORELLI, L./LA ROSA, A.-M./SCHERRER, S. (dir.), Pédone, Paris, 1995, pp. 149-173; CONDORELLI, L., «La Cour Pénale Internationale: Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli ...)», *RGDIP*, vol. 103, n.º 1, 1999, pp. 7-21; KERBRAT, Y., *La référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de Sécurité*, Université Pantheon-Assas (Paris II), LGDJ, Paris, 1995.

(37) Véase al respecto de estas resoluciones el *Informe adicional presentado por el Representante Especial del Secretario General sobre las repercusiones de los conflictos armados en los niños*, Sr. Olara Otunnu, de conformidad con la resolución 53/128 de la Asamblea General, Doc. N.U. E/CN.4/2000/71, 9 de febrero de 2000.

(38) Resolución 1261 (1999), par. 2, 13 y 15 del dispositivo.

Ya en 1998, el Secretario General de la Organización estableció edades mínimas para los participantes en operaciones de mantenimiento de la paz como una medida adicional y de iniciativa en los esfuerzos de la Naciones Unidas para promover los derechos del niño. Concretamente, solicitó que los Gobiernos dispuestos a aportar contingentes nacionales en ningún caso enviasen personas menores de 18 años, y consideró preferible que esas personas tuviesen al menos 21 años. Pidió también que entre los observadores militares y la policía civil no se encontrasen personas menores de 25 años (39). Estas medidas no presentaban un carácter meramente simbólico, pues ha sido un hecho común la presencia de menores de 18 años en algunos contingentes nacionales; en concreto, los aportados por Estados como Reino Unido y Estados Unidos para operaciones de paz en Somalia, Bosnia o Kosovo.

De otra parte, el propio Secretario General ha considerado prioritaria la integración de la protección y el bienestar de los niños en las operaciones de paz, que en los últimos años han incorporado un componente cada vez más importante de protección de los derechos humanos (40). Esta integración se realizaría, básicamente, incorporando de forma explícita la cuestión de los derechos y la protección de los niños a los mandatos de las operaciones, designando asesores en protección del niño para estas misiones e impartiendo capacitación en derechos y protección del niño a todo el personal de mantenimiento de la paz (41).

6. Ya en su resolución 1994/91, patrocinada por más de cincuenta Estados y adoptada mediante consenso, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció un Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar un proyecto de protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de los niños en conflictos armados. Tras seis años de negociaciones este Grupo de Trabajo (42), que utilizó como una de las bases para sus deliberaciones

---

(39) Doc. NU E/CN.4/1999/WG.13/3, par. 20.

(40) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Paz y Derechos Humanos: una nueva dimensión de las operaciones para el mantenimiento de la paz», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1996*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 47-102.

(41) Doc. N.U. E/CN.4/2000/71, *cit.*; COHN, I., «The Protection of Children in Peacemaking and Peacekeeping Processes», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, pp. 129-195; «The protection of child soldiers during the Liberian peace process», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 2, 1998, pp. 179-220.

(42) En el primer período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró 19 sesiones entre el 31 de octubre y el 11 de noviembre de 1994, así como el 9 de febrero de 1995 (Doc. N.U. E/CN.4/1995/96, 10 de febrero de 1995). Durante el segundo período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró siete sesiones plenarias del 15 al 26 de enero y el 21 de marzo de 1996

el anteproyecto de Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados presentado por el Comité de los Derechos del Niño (43), aprobó por consenso y aclamación el texto del Protocolo el 21 de enero de 2000.

La adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (PFCDN) y su reciente entrada en vigor el 12 de febrero de 2002, han supuesto una renovación del interés doctrinal, que ya venía manifestándose en los últimos años, por el tratamiento normativo del fenómeno de los niños soldados en Derecho Internacional. En las siguientes páginas, nos proponemos ofrecer un comentario general al PFCD sobre la base de los trabajos preparatorios y los estudios previos de la doctrina (44).

---

(Doc., N.U. E/CN.4/1996/102, 21 de marzo de 1996). Durante el tercer período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró ocho sesiones plenarias del 20 al 30 de enero de 1997 (Doc. N.U. E/CN.4/1997/96, 13 de marzo de 1997). Durante su cuarto período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró siete sesiones plenarias del 2 al 10 de febrero y el 19 de marzo de 1998 (Doc. N.U. E/CN.4/1998/102 y Add. 1, 23 de marzo de 1998). Durante su quinto período de sesiones, el Grupo de Trabajo, (Doc. N.U. E/CN.4/1999/73); Durante su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo celebró 21 sesiones plenarias del 10 al 21 de enero y el 23 de marzo de 2000 (Doc. N.U., E/CN.4/2000/74, 27 de marzo de 2000).

(43) Doc. N.U. E/CN.4/1994/91.

(44) BENNETT, E. (ed.), *Using children in armed conflict: a legitimate African tradition? Criminalising recruitment of child soldiers*, ISS Monograph Series, N.º 32, 1998; BERMEJO GARCÍA, R./SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁN, L. «La protección internacional de los niños en los conflictos armados», *cit.*; BRETT, R., «Child soldiers: law, politics and practice», *The International Journal of Children's Rights*, 1996, N.º 4, pp. 115-128; BRETT, R./McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children: the invisible soldiers*, *cit.*; COHN, I., «The Convention on the Rights of the Child: What it Means for Children in War», *International Journal of Refugee Law*, Vol. 3, N.º 1, 1991, pp. 100-111; COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Los niños soldados*, *cit.*; DELISSEN, A.J.M., «Legal protection of child-combatants after the Protocols: reaffirmation, development or a step backwards?», *Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges Ahead, Essays in Honour of Frits Kalshoven*, DELISSEN, A.J.M./TANJA, G.J. (eds.), Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1991, pp. 153-164; DUTLI, M.-T., «Niños combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N.º 101, 1990, pp. 452-466; GÓMEZ ISA, F., «El Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, CALVO GARCÍA, M./FERNÁNDEZ SOLA, N. (Coord), Mira, Huesca, 2000, pp. 207-218; HAP-POLD, M., «Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children's Participation in Hostilities», *Netherlands International Law Review*, Vol. XLVIII, 2000, pp. 27-52; HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, *cit.*, pp. 367-432; HOWARD, M., «International Law and the child soldier», *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, Vol. 36, N.º 1, pp. 32-57; KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, Publications of the Institute of Public Law at the University of Helsinki, Helsinki, 1987; KRILL, F., «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

## II. LAS FORMULACIONES PREVIAS DE LAS PROHIBICIONES RELATIVAS AL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES

7. Como ya hemos apuntado, antes de la adopción del PFCDN, el tema del reclutamiento y la participación de niños en hostilidades había sido abordado en diferentes instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal variedad de normas sobre una misma materia ha generado una situación un tanto confusa, dada la diversidad de enfoques, contenidos y ámbitos materiales y subjetivos de aplicación que les son propios.

### A. LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

8. Aunque los niños tomaban parte en las guerras primitivas y durante la Edad Media y el período feudal a algunos, por su condición de caballeros, se les reconoció el privilegio de tomar las armas, su contribución al esfuerzo de guerra ha presentado históricamente un carácter excepcional (45). Así lo atestiguan las posiciones defendidas por los primeros teóricos del Derecho de la guerra en Europa (46). Son también claras las evidencias en cuanto a la incardinación de principios análogos —reconociendo

---

Niño. Controvertido artículo 38», *Difusión*, 1989, N.º 12, pp. 11-12; «The protection of children in armed conflict», *The Ideologies of Children Rigihstsm*, FREEMAN, M./VEERMAN, P. (eds.), Kluwer, Dordrecht, 1992, pp. 347-356; MASLEN, S., «The use of children as soldiers: the right to kill and be killed?», *International Journal of Children's Rights*, Vol. 6, N.º 4, 1998, pp. 445-451; SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIÁIN, L., «El problema de los niños soldado», *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*, cit., pp. 219-244; SEDKY-LAVANDERO, J., «Los niños de la guerra», *Papeles de cuestiones internacionales*, N.º 62, 1997, pp. 131-141; STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», cit.

(45) KOSONEN, A., *The Special Protection of Children and Child Soldiers. A Principle and its Application*, cit., pp. 6-9;

(46) En el contexto de sus teorías sobre la Guerra Justa —derivadas de sus reflexiones sobre la legitimidad de la posesión y ocupación española de las tierras recién descubiertas en América—, los autores de la Escolástica Española del Siglo XVI defendieron la idea de que en la guerra sólo es lícita la violencia necesaria para la consecución del bien público, deduciendo del mencionado principio de la necesidad el principio del respeto debido a los inocentes. Entre los inocentes, incluyeron a las mujeres y los niños, presumiendo su incapacidad para el manejo de las armas.

específicamente la inmunidad de los niños— en otras tradiciones culturales como la africana (47) o la asiática (48).

Aun cuando se supo de la utilización excepcional de niños durante la Segunda Guerra Mundial por la Alemania nazi para la defensa de Berlín (49), los Convenios de Ginebra de 1949 no mostraron ninguna preocupación por el tema. En concreto, el IV Convenio de Ginebra de 1949, sobre la protección de las víctimas civiles de la guerra, incorpora varias disposiciones específicas sobre la protección y asistencia a los niños. *Todas ellas presuponen la condición de no combatiente del niño y no abordan directamente el problema de su reclutamiento y utilización como soldados* (50).

Sin embargo, ya en el marco de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario celebrada en Ginebra (1974-1977) se pondría de manifiesto una clara preocupa-

---

(47) Los estudios sobre la conducta de la guerra en el África precolonial incluyen las siguientes reflexiones a este respecto: «So far as the treatment of non-combatants was concerned, the ethical code of war ensured respect and protection for women, children and old people. Respect for women was imperative: they represented the origin, the source of life. The child represented innocence, while the elderly were considered to be close to the spirits of ancestors» (NDAM NJOYA, A., «The African Concept», *International Dimensions of Humanitarian Law*, Henry Dunant Institute/UNESCO/Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, Netherlands, 1988, pp. 5-12, en particular p. 7)

(48) Por ejemplo, en Japón el espíritu del *Bushido* —derivado de las influencias ejercidas por el culto ancestral del *Shinto*, el Confucionismo y el Budismo— ejercerá una profunda influencia en el desarrollo de la ciencia y la estrategia militar. En la obra de uno de sus principales tratadistas, OGYU SURAI (1666-1728), se afirmará a este respecto: «as a rule of attack that, since attacking the wrong and relieving the innocent was the basic military law, unjust violence in the enemy's land, harming the aged and infants, desecrating tombs, burning houses and ware-houses, destroying fores-land and dykes and poisoning wells and kitchens were strictly forbidden» (ADACHI, S., «The Asian Concept», *International Dimensions of Humanitarian Law*, *ibid.*, pp. 13-19, en particular p. 17).

(49) *Rapport du CICR sur son activité pendant la Seconde Guerre mondiale*, 1er September 1939-30 Juin 1947, vol. IV, Genève, 1948, pp. 303-306.

(50) Cabe hacer, no obstante, una precisión. El artículo 51 del IV Convenio de Ginebra de 1949 —que desarrolla la prohibición ya establecida en el artículo 52 del Reglamento de La Haya de obligar a los nacionales de un Estado enemigo a tomar parte en las operaciones de guerra dirigidas contra su propio país—, se incluyen dos prohibiciones con relevancia en la materia. En concreto, se considera ilícito el hecho de forzar a las personas protegidas, cualquiera que sea su edad, a servir en las fuerzas armadas o auxiliares de la Potencia Ocupante así como todo acto de presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios. De otro lado, se prohíbe el trabajo infantil al afirmarse que la Potencia Ocupante no podrá obligar a las personas protegidas menores de 18 años a desarrollar los trabajos autorizados por el mismo precepto, quedando excluidos aquellos trabajos que supongan tomar parte en las operaciones militares tales como la producción de material de guerra, la construcción de trincheras, fortificaciones, etc. (PICTET, J., *Commentary*, pp. 296-297; GASSER, H-P., «Protection of the Civilian Population», *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, FLECK, D. (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 264-265).

ción por el tema. Las guerras de liberación nacional habían supuesto un progresivo incremento en la utilización de los niños en tareas militares y conexas, de modo que la cuestión de su reclutamiento por las autoridades nacionales y los grupos armados irregulares, así como su participación en las hostilidades, será regulada por primera vez en los Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra de 1949, adoptados ambos el 8 de junio de 1977. En la actualidad, el Protocolo I ha sido ratificado por 161 Estados y el Protocolo II por 156 Estados (51).

9. En conflictos armados internacionales, la prohibición más categórica y amplia que había propuesto el CICR en su proyecto de artículo 68 (2) del Protocolo I (52) fue rechazada por los Estados, que la consideraban poco realista, y finalmente el artículo 77 (2) establece:

«Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de 15 años pero menores de 18 años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad».

El comportamiento exigido a las partes en conflicto consiste pues en la adopción de «todas las medidas posibles» para evitar que los menores de 15 años participen directamente en las hostilidades, resultando que, *prima facie*, todo aquello que está sujeto a su autoridad o su competencia lo es (53). A este respecto, se ha sugerido que el artículo incorpora obligaciones para los Estados Partes en una doble óptica. De un lado, se afirma su obligación de no reclutar a menores de 15 años en sus fuerzas armadas como medida siempre a su alcance. Adicionalmente, y dependiendo de las circunstancias, otras medidas pueden ser posibles respecto de los alumnos de escuelas militares, grupos paramilitares o grupos armados sobre los que el Estado no ejerce un control directo —tales como las guerrillas y partisanos progubernamentales—, en supuestos de levantamientos en masa, etc. (54).

---

(51) La lista correspondiente puede consultarse en ([http://www.icrc.org/eng/party\\_gc](http://www.icrc.org/eng/party_gc)).

(52) «The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged under fifteen years shall not take any part in hostilities and, in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or addepting their voluntary enrolment» (*Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, ICRC, Geneva, 1973, p. 86).

(53) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Niños Soldados*, cit., p. 36.

(54) HAPPOLD, M.C.D., «Child Solciers in International Law», cit., p. 35.

Sin duda, el dato más destacable es que la norma *distingue entre la participación directa e indirecta en las hostilidades y evita el enunciado de obligaciones absolutas sobre la participación voluntaria indirecta de los niños menores de 15 años*. La interpretación del artículo es, en este aspecto, controvertida. En algunos casos se opta por una interpretación flexible y abierta a la participación voluntaria indirecta de los menores de 15 años (55) en consonancia con la voluntad manifestada por los Estados negociadores (56). Por el contrario, en el ámbito del CICR se recurre a una interpretación literal de la norma, en virtud de la cual cabe entender por reclutamiento tanto el enrolamiento obligatorio como el voluntario. En tal sentido, «reclutar significa también incorporar, lo que implica que las partes deben abstenerse de enrolar a niños menores de 15 años que voluntariamente quisieron formar parte de las fuerzas armadas» (57).

La fórmula empleada en la última frase del precepto es aun más débil, pues todo lo que se exige de las partes en conflicto cuando recluten a niños de entre 15 y 18 años es que procuren dar prioridad a los de mayor edad. Básicamente, la obligación enunciada «[p]uede servir a los Estados, el CICR y otros terceros interesados como fundamento jurídico para formular recomendaciones en este sentido» (58).

En términos generales, cabe concluir que la regulación establecida en el Protocolo I resulta poco severa, y no se debe olvidar que cuando un niño entre 15 y 18 años es reclutado por las fuerzas armadas en el marco de un conflicto armado internacional *será considerado combatiente en el sentido del artículo 43 del Protocolo I*. Pese a todo, aunque su alcance es limitado, estas disposiciones expresaban ya el deseo de ciertos Gobiernos de

---

(55) BOTHE, M./PARTSCH, K.J./SOLE, W.A., *New Rules for Victims of Armed Conflict, Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions on 1949*, Nijhoff, The Hague, 1982, p. 476.

(56) En concreto, el Grupo de Trabajo del Tercer Comité de la Conferencia Diplomática observó al respecto: «Le paragraphe 2 est un text de compromis où l'interdiction absolue de recruter les enfants âgés de moins de 15 ans s'accompagne d'une restriction plus souple, en cas d'acceptation de services volontaires, à savoir prendre «toutes les mesures possibles» pour empêcher ces enfants de participer directement aux hostilités. Le groupe de travail a noté que parfois, et surtout dans les territoires occupés et pendant les guerres de libération nationale, il ne serait pas réaliste d'interdire totalement la participation volontaire des enfants âgés de moins de 15 années» (*Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du Droit international humanitaire applicable dans les Conflits Armés*, Genève (1974-1977), vol. XV, p. 546).

(57) DUTLI, M.<sup>a</sup> T., «Niños-combatientes prisioneros», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 101, 1990, pp. 452-466, p. 454; *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., p. 925. La misma opinión doctrinal en HAPPOLD, M.C.E., «Child Soldiers in International Law», cit., p. 38.

(58) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S., *Niños Soldados*, cit., pp. 36-37.

aumentar la protección reconocida a los niños y permitieron al CICR insistir, incluso ante las partes en un conflicto armado internacional que no hubieran aceptado formalmente las obligaciones derivadas del Protocolo I, en la importancia humanitaria de que los adolescentes menores de 15 años no participen en las hostilidades (59).

10. En conflictos armados sin carácter internacional, según establece el artículo 4 (3) (c) del Protocolo II:

«[...] los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades».

Este artículo es concordante con el artículo 77 del Protocolo I en la medida en que ambos imponen restricciones para la participación en las hostilidades de los menores de 15 años. Sin embargo, el lenguaje del Protocolo II es más contundente y la protección que otorga más amplia, pues prohíbe su participación —directa e indirecta— en las hostilidades. La norma es clara aunque parezca un hecho insólito que se incrementen las garantías en un instrumento aplicable a las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional. Ello se debe a que el texto adoptado del Protocolo II es el de una propuesta alternativa introducida en el último momento por el representante de Paquistán. Aunque en términos generales se trató de introducir una propuesta menos onerosa para los Estados, parece que accidentalmente se suprimieron algunos términos en el enunciado de la prohibición relativa a la participación de los niños en las hostilidades que supusieron su reforzamiento. Como comentaba posteriormente un miembro de la delegación norteamericana:

«I don't know if anyone noticed the change in the text on child combatants; certainly no-one commented on it. In all probability, the revision was designed by Judge Hussain simply to avoid any reference to «Parties to the conflict», a phrase he excised from all articles of Protocol II in order to eliminate any suggestion that a rebellions party was being recognized as having rights under the Treaty» (60).

---

(59) DUTLI, M.<sup>a</sup> T., «Niños-combatientes prisioneros», *cit.*, p. 554.

(60) Véase el comentario de ALDRICH, G.H. en TAVERNIER, P., «Combatants and Non-Combatants», *The Gulf War of 1980-1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, DEKKER, I.F./POST, H.H.G. (Eds.), Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 149.

No se ha incluido, sin embargo, en el Protocolo II una recomendación formal de reclutar con prioridad a los niños de mayor edad en el segmento comprendido entre los 15 y los 18 años. Nada impide, sin embargo, al CICR u otras organizaciones humanitarias intervenir ante las partes en conflicto con este propósito.

**11.** Las prohibiciones comentadas sobre el reclutamiento y la participación de niños en las hostilidades son completadas con garantías adicionales previstas en los Protocolo I y II para los niños que participen en hostilidades; en concreto, mediante el reconocimiento de un estatuto especial para el niño capturado, internado o detenido y la interdicción de la pena de muerte.

En conflictos armados internacionales, el párrafo 3 del artículo 77 del Protocolo I está pensando en las situaciones en las que se incumpla la prohibición relativa a la participación directa en hostilidades de los menores de 15 años o en circunstancias excepcionales —tales como las acciones espontáneas de individuos o grupos pertenecientes a academias militares, cuerpos de voluntarios o sociedades patrióticas, o los supuestos de levantamientos en masa—, que de hecho supongan esa participación. Con independencia de que, atendiendo a las circunstancias del caso, se les reconozca el estatuto de prisioneros de guerra (61), sean considerados personas protegidas en el sentido del IV Convenio de Ginebra de 1949 (62) o

---

(61) En caso de captura, estos niños se benefician del estatuto de prisionero de guerra, que no tiene límite de edad, siendo únicamente la edad uno de los factores que justifica un trato privilegiado. No hay previsiones expresas para su repatriación, que habrá de realizarse de acuerdo con el régimen general. Sin embargo, las organizaciones humanitarias pueden hacer gestiones ante la potencia detenedora para que se beneficien de la repatriación anticipada que está prevista para los heridos y enfermos graves o aquellos cuya aptitud intelectual y física esté gravemente amenazada por el cautiverio. En principio, es necesario el consentimiento del niño para la repatriación anticipada -aunque en el caso de niños de 15 años es más fácil presumir este interés- y la Potencia detenedora podrá exigir garantías a la Potencia de origen de que en ningún caso se les volverá a asignar un servicio militar activo, lo que también es beneficioso para el menor.

Está prevista además en el III Convenio de Ginebra de 1949 -artículo 111- la posibilidad de sustituir el tradicional cautiverio de los prisioneros de guerra por el internamiento en un país neutral en virtud de un acuerdo tripartito entre la Potencia detenedora, la Potencia de origen y el país neutral (DUTLI, M.-T., «Niños combatientes prisioneros», *cit.*).

(62) Si estuvieran incluidos en la categoría de personas protegidas, los niños que participan en las hostilidades son considerados en caso de captura por la Potencia enemiga internados civiles. Tienen en cuanto tales el derecho a estar reunidos con sus padres durante el internamiento y a beneficiarse de condiciones materiales de internamiento adecuadas a su edad, con inclusión de suplementos de alimentación proporcionales a sus necesidades fisiológicas, y a recibir instrucción. En cuanto al régimen disciplinario, habrá de tenerse en cuenta su edad para los castigos que se les apliquen y no se podrá dictar ni ejecutar en su contra pena de muerte. No está expresamente prevista, en estos caso, la alternativa del

queden sencillamente al amparo de las garantías mínimas previstas en el artículo 3 común y las garantías fundamentales del artículo 75 del Protocolo I, estos niños seguirán beneficiándose en todo caso de la protección especial prevista para los niños en el artículo 77 de este Protocolo, concretamente en los párrafos 1, 4 y 5 del mismo. En virtud de estas disposiciones, se protegerá a los niños contra toda forma de atentado al pudor; se les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten —por su edad o por cualquier otra razón—; si fueran arrestados, detenidos o internados se les mantendrá en lugares distintos a los de los adultos —salvo en el caso de familias alojadas en unidades familiares—; asimismo, no se podrá ejecutar la pena de muerte impuesta contra ellos por una infracción cometida en relación con el conflicto armado cuando se trate de menores de 18 años.

En conflictos armados sin carácter internacional no existen ni el estatus de combatiente ni el de prisionero de guerra, ni están previstas garantías específicas para los internados civiles. En consecuencia, el niño combatiente detenido queda expuesto a los castigos que puedan serle impuestos en virtud de la legislación nacional por haber participado en las hostilidades, contando siempre con las garantías mínimas establecidas en el artículo 3 común. También, en virtud de lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 4 del Protocolo II, los niños menores de 15 años que participan directamente en las hostilidades en contravención de lo previsto en el párrafo c), y son capturados, siguen gozando de la protección especial que les corresponde en virtud del párrafo 3 del artículo 4. En éste se hace referencia a la asistencia y ayuda de las que deben beneficiarse todos los niños, tales como educación, reunión de familiares, evacuación temporal y cualesquiera otras medidas que sean recomendables en su favor, pues la lista no es limitativa. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 6.4 del Protocolo II prohíbe que se dicte la pena de muerte contra una persona menor de 18 años.

**12.** Desde el principio existía un consenso amplio sobre la inclusión en el ámbito de competencia material de la Corte Penal Internacional, en virtud del Estatuto adoptado en el marco de la Conferencia Diplomática reunida en Roma en julio de 1998, de un tipo penal sobre el tema, pero su contenido fue

---

internamiento en un país neutral, aunque no debe excluirse esta posibilidad que, por lo demás, puede encontrar una cierta cobertura jurídica en el artículo 24 del IV Convenio de Ginebra. Como toda persona internada, deben ser liberados tan pronto como desaparezcan las causas o razones de seguridad que motivaron su internamiento, pero incluso durante las hostilidades cabe que se establezcan acuerdos para su liberación y repatriación -artículo 133- (DUTLI, M-T., «Niños combatientes prisioneros», *cit.*).

objeto de un intenso debate durante las negociaciones (63). Finalmente, se han tipificado como crimen de guerra, tanto en conflictos internacionales como sin carácter internacional, el reclutamiento o alistamiento de menores de 15 años o su utilización para la participación activa en las hostilidades — artículos 8 2) b) xxvi) y 8 2) e) vii), respectivamente—.

En las nociones de reclutamiento y alistamiento quedan integradas cualesquiera modalidades de incorporación formal, ya sean estas voluntarias u obligatorias, con exclusión de los supuestos de incorporación a grupos o instituciones que, aunque administradas o supervisadas por las fuerzas armadas, presenten un carácter esencialmente civil y proporcionen educación secundaria o un entrenamiento puramente vocacional; no así cuando su cometido principal sea el de proporcionar adiestramiento militar para la participación en hostilidades (64).

En el tipo correspondiente a los conflictos armados internacionales se hace referencia a las fuerzas armadas nacionales; noción que, teniendo en cuenta las negativas de algunos Estados a limitar el concepto a las fuerzas armadas regulares, puede interpretarse a la luz del artículo 43 del Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949. En el tipo correspondiente a los conflictos armados sin carácter internacional se hace mención de fuerzas armadas o grupos armados. La noción de fuerzas armadas, al no añadirse el calificativo de nacionales o regulares, es extensible a las formaciones que aun quedando excluidas del concepto que la legislación nacional ofrezca de aquéllas participen en las hostilidades. Respecto al concepto de grupos armados, hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 8.2f) quedaría limitado a los grupos armados dotados de un mínimo de organización, sin que el Estatuto imponga la prueba de otros requisitos adicionales tales como la existencia de un mando responsable (65).

En cuanto a la utilización para participar activamente en las hostilidades, los trabajos preparatorios ofrecen orientación sobre el sentido atribuido a la expresión por los Estados negociadores:

«The words using and participate have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying,

---

(63) Sobre las diferentes opciones manejadas, *Report of the Preparatory Committee* 1998, pp. 24-25.

(64) COTTIER, M., «War Crimes», *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, TRIFFTERER, O. (ed.), 1999, p. 260.

(65) ZIMMERMANN, A., «War Crimes», *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 280.

sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in an officer's married accommodation. However, use of children in a direct support function as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, should be included within the terminology» (66).

Afortunadamente *la participación activa es un concepto distinto del de la participación directa e incluye la utilización del menor de 15 años en las actividades que comúnmente se califican como participación indirecta*. En este sentido, el tipo definido en conflictos armados internacionales es más amplio que la prohibición establecida en la materia por el Protocolo I y puede ejercer su influencia en la cristalización de reglas consuetudinarias.

Recientemente, ha sido adoptado el proyecto definitivo de los Elementos de los Crímenes, que según lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto asistirá a la Corte en la interpretación y aplicación de los tipos enumerados en los artículos 6, 7 y 8. Para el tipo contemplado en el artículo 8 2) b) xxvi) los elementos del crimen han quedado definidos de la siguiente manera:

1. Que el autor haya reclutado o alistado a una persona o más personas en las fuerzas armadas nacionales o las haya utilizado para participar activamente en las hostilidades.
2. Que esa o esas personas hayan sido menores de 15 años.
3. Que el autor haya sabido o debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado» (67).

Respecto del tipo contemplado en el artículo 8 2) e) vii), de utilizar, reclutar o alistar niños, se reproducen estos mismos cinco elementos, con

---

(66) *Report of the Preparatory Committee* 1998, Add. 1, p. 25.

(67) *Proyecto de texto definitivo de los Elementos de los Crímenes*, Informe de la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Adición, Segunda Parte, PCNICC/2000/1/Add.2, 2 de noviembre de 2000, p. 38.

la diferencia lógica de la inclusión en el primero de ellos de una previsión del reclutamiento o alistamiento «en fuerzas armadas o grupos», pues se están considerando las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional (68).

Los dos últimos elementos de cada crimen de guerra describen el contexto en el que debe tener lugar la conducta. En concreto, estos elementos aclaran el nexo requerido con una situación de conflicto armado, internacional o interno, y el conocimiento de su existencia por el autor. El proyecto precisa que no se exige que el autor haya hecho una evaluación sobre la existencia de conflicto armado, ni de su carácter internacional o no internacional, ni tampoco que sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga una u otro carácter. Basta el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado (69).

## B. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

**13.** La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989 (70). Su entrada en vigor se produjo el 2 de septiembre de 1990 y en la actualidad ha sido ratificada por 191 Estados (71), constituyendo así el instrumento internacional en materia de Derechos Humanos con una manifestación más clara de universalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional general relativo a los derechos del niño, que hasta el momento figuraba en simples declaraciones de principios y de forma dispersa en normas convencionales y consuetudinarias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. Como ha observado HERNÁNDEZ PRADAS, este instrumento se caracteriza por su condición de *norma mínima* para los Estados

---

(68) *Ibid.*, p. 47.

(69) *Ibid.*, p.18.

(70) La elaboración del texto se realizó a partir de un proyecto presentado por el Gobierno polaco en el seno de un Grupo de Trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También, en 1983, se estableció un grupo ad hoc integrado por Organizaciones no Gubernamentales para facilitar su contribución a los trabajos preparatorios. Al respecto, DETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the travaux préparatoires*, Nijhoff, The Netherlands, 1992.

(71) Estado de las ratificaciones a 10 de enero de 2003.

Partes, su especificidad *ratione personae* y su amplitud *ratione materiae* (72). En este último aspecto, la Convención asume un enfoque holístico al enunciar las obligaciones internacionales de los Estados Partes teniendo en cuenta las diferentes categorías de los derechos del niño y afirmando inequívocamente su compromiso de respetar y garantizar estos derechos tanto en la paz como en la guerra.

Concretamente, la introducción del artículo 38, relativo a la protección de los niños en conflictos armados, se debió a una propuesta formulada conjuntamente en 1985 por los Países Bajos, Suecia y Finlandia (73). En virtud de este artículo,

---

(72) HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., p. 64. También sobre estos aspectos, BOSSUYT, M., «La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant», *Revue Universelle des Droits de l'homme*, vol. 2, n.º 4, 1990, pp. 141-144; CARRERAS, M., «Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989», *Los Derechos Humanos*, BALLESTEROS, J. (ed.), Tecnos, Madrid, 1992; DÍAZ BARRADO, C., *La Convención sobre los Derechos del Niño*, Universidad Carlos III de Madrid, septiembre 1990; FERNÁNDEZ SOLA, N., *La protección internacional de los derechos del niño*, cit.; RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La Protección Jurídica del Menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989», *REDI*, vol. XLIV (1992), n.º 2, pp. 465-498; PÉREZ VERA, E., «El Convenio sobre los Derechos del Niño», *Garantía Internacional de los Derechos Sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

(73) La propuesta del entonces proyecto de artículo 20 presentada por estas delegaciones era la siguiente:

«1. States Parties to the present Convention undertake to respect and to ensure respect for the rules of international humanitarian law applicable in armed conflicts which are relevant to children.

2. In order to implement these obligations States Parties to the present Convention shall, in conformity with the relevant rules of international humanitarian law, refrain in particular from recruiting children into the armed forces and shall take all feasible measures to ensure that children do not take part in hostilities» (UN Doc. E/CN.4/1985/64, Annex II, pp. 1-2, en DIETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, cit., p. 503).

Esta propuesta quedó sensiblemente alterada en 1986 tras la aprobación por el Grupo de Trabajo, en una primera lectura, del proyecto de artículo 20 cuyo párrafo segundo asumía el siguiente tenor literal:

«States Parties to the present Convention shall take all feasible measures to ensure that no child takes a direct part in hostilities and they shall refrain in particular from recruiting any child who has not attained the age of fifteen years into their armed forces» (UN Doc. E/CN.4/1986/39, Annex I, p. 12, DIETRICK, S., *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, cit., p. 507).

Desde ese momento el CICR expresó sus críticas haciendo hincapié en el contenido de la Resolución IX sobre la protección del niño en conflictos armados, adoptada por la XXV Conferencia Internacional de la Cruz Roja (Ginebra, 1986), en la que se subrayaba que la protección acordada por la nueva Convención debería al menos ser la misma que la garantizada por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos adicionales de 1977. Las Organizaciones no Gubernamentales unieron con este propósito sus esfuerzos y en 1988 la Cruz Roja Suiza envió una comunicación a las Naciones Unidas con el apoyo

«1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho años, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado».

El primer párrafo del artículo constituye, como puede observarse, una simple remisión a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario para los Estados Partes en la Convención. En opinión de los asesores jurídicos del CICR, hubiera sido preferible limitar el contenido del artículo 38 a esta remisión, dado que el resto de sus disposiciones *no han supuesto un desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y podrían incluso interpretarse como un retroceso con respecto al Derecho en vigor* (74).

En lo concerniente al párrafo 4, ciertamente el lenguaje empleado merece críticas pues los Estados se comprometen a la adopción de «todas las medidas posibles», supuestamente de conformidad con las obligacio-

---

de más de 200 organizaciones dedicadas al trabajo con la infancia. Más tarde, se sumaron a esta iniciativa el propio CICR y la Liga de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja. Finalmente, fue hecha suya por 657 organizaciones, 337 de las cuales afirmaban representar conjuntamente a más de 100 millones de personas. Sin embargo, estas expectativas se vieron frustradas cuando a finales de 1988 se reunió nuevamente el Grupo de Trabajo aprobando en segunda lectura el texto del actual artículo 38 tras una compleja negociación en la que algunas delegaciones se mostraron dispuestas a suprimir el artículo objeto de discusión si no era posible obtener un consenso (Véase al respecto, HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., PP. 390-392).

(74) KRILL, F, «Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niños. Controvertido Artículo 38», cit., p. 12. Véase también de la misma autora, «The protection of children in armed conflict», cit.

nes dimanadas del Derecho Internacional Humanitario, cuando resulta que buena parte de sus disposiciones utilizan fórmulas más imperativas (75).

Son los párrafos 2 y 3 del artículo 38 los que enuncian genéricamente para las diferentes situaciones de conflicto armado las prohibiciones relativas a la participación directa en las hostilidades y el reclutamiento de niños menores de 15 años que contempla el Protocolo I, aplicable en conflictos armados internacionales. Sin embargo, no debe olvidarse que el Protocolo II incluye una prohibición reforzada en conflictos armados sin carácter internacional, ya que excluye cualquier forma de participación —directa o indirecta— en las hostilidades de las personas que no hayan cumplido los 15 años. El resultado último parece ser, como critica KRILL, la *afirmación de dos pautas de conducta en una misma materia para las situaciones de conflicto armado sin carácter internacional* (76).

Con todo, la incorporación de estas prohibiciones a la Convención sobre los Derechos del Niño puede adquirir relevancia jurídica en aquellas situaciones de conflicto armado sin carácter internacional en las que no resulte aplicable el Protocolo II por no haberse producido la correspondiente ratificación. Teniendo en cuenta la amplísima aceptación de que ha sido objeto la Convención sobre los Derechos del Niño, queda al menos asegurada en tales supuestos la obligación de los Gobiernos de atenerse a las garantías estipuladas en el Protocolo I que ahora figuran en el artículo 38 de dicha Convención. Lamentablemente, no se han enunciado en ella obligaciones específicas para los grupos o formaciones armadas irregulares. Siendo así, dicho efecto no puede hacerse extensible a los denominados conflictos armados desestructurados —relacionados con las situaciones de quiebra de la autoridad política (77)—, en que diferentes facciones armadas luchan entre sí sin participación de las fuerzas gubernamentales quedando, en principio, éstos regidos por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949.

**14.** Otro aspecto a considerar de la Convención sobre los Derechos del Niño es la relevancia que pueden adquirir otras disposiciones en los supuestos en que los niños queden privados de libertad por causas relacionadas con el conflicto, principalmente en las situaciones de conflicto

---

(75) Véanse, por ejemplo, los artículos 23.1, 24.1 y 50.2 del IV Convenio de Ginebra de 1949.

(76) *Ibid.*

(77) *Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado*, Documento preparatorio del Comité Internacional de la Cruz Roja para la primera reunión periódica sobre el derecho internacional humanitario, Ginebra, 19-23 de enero de 1998.

armado sin carácter internacional (78), ya que el conjunto de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario aplicables en tales situaciones no garantiza una protección muy amplia al niño entre 15 y 18 años que resulte capturado (79). En concreto, el artículo 37 incorpora las siguientes garantías:

«Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad;

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades e las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal y otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción».

**15.** La Convención sobre los Derechos del Niño pertenece a la categoría de los instrumentos universales (80) —tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, hasta la entrada en

---

(78) STAVRAKI, E., «La protection internationale des enfants en situation de conflit armé», *cit.*, p. 149.

(79) «La implicación de los niños en los conflictos armados». Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997, *cit.*, par. 18.

(80) Sobre las múltiples funciones que pueden cumplir estos procedimientos, véase la Observación General N.º 1 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Quinto período de sesiones, Doc. NU E/1989/22, anexo III.

vigor de su Protocolo facultativo (81), la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (82)— que tienen como única forma de supervisión el procedimiento de información.

A este respecto, se organiza un mecanismo específico de control encomendado al Comité de los Derechos del Niño, compuesto por 10 expertos internacionales independientes, elegidos por los Estados Partes (83), y creado «con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes» (84). Dichos Estados se comprometen a informar periódicamente al Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención (85). Por su parte, los organismos especializados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y demás órganos de las Naciones Unidas tienen derecho a estar representados en el examen de la aplicación de aquellas disposiciones de la Convención comprendidas en el ámbito de su mandato y pueden ser invitados por el Comité a presentar informes sobre la aplicación de las mismas (86).

El Comité de los Derechos del Niño está facultado para formular sugerencias y recomendaciones generales a los Estados Partes, basadas en la información recibida, que deberán transmitirse «a los Estados Parte interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere de los Estados Partes» (87). Un ejemplo reciente del ejercicio de esta función con respecto a la aplicación del artículo 38 lo encontramos en las observaciones finales dirigidas a Belize. En ellas puede observarse como el Comité de los Derechos del Niño combina el ejercicio de las funciones de *control del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes* con las funciones de *promoción y desarrollo de principios más favorables para el niño* que también le han sido atribuidas por la Con-

---

(81) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 54/4, de 6 de octubre de 1999.

(82) PÉREZ VERA, E., «El Convenio sobre los Derechos del Niño», *Garantía internacional de los derechos sociales*, PECES BARBA, G., (ed.), Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 167-185; CALVO GARCÍA, M., «El mecanismo de supervisión de la Convención sobre los Derechos del Niño: diseño institucional y funcionamiento efectivo», *Los derechos de la infancia y de la adolescencia*, cit., pp. 161-186; SANTOS PAÍS, M., «El Comité de los Derechos del Niño», *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, n.º 47, Diciembre de 1991, pp.

(83) Artículo 43.

(84) Artículo 43.1.

(85) Artículo 44.

(86) Artículo 45 a) y b).

(87) Artículo 45 d).

vención sobre los Derechos del Niño (88). Así, aunque la edad mínima para el reclutamiento que establece el artículo 38 es la de los 15 años, el Comité de los Derechos del Niño:

«[...] observa con preocupación que la legislación nacional no contiene disposiciones sobre la edad mínima legal para el reclutamiento para las fuerzas armadas. El Comité considera motivo de preocupación la propuesta del Estado Parte de fijar los 16 años como edad mínima para el reclutamiento en el ejército. El Comité recomienda que el Estado revise su legislación para que concuerde con las disposiciones de la Convención. El Comité alienta además al Estado Parte a que establezca una edad mínima de reclutamiento y que la fije en 18 años y no en 16» (89).

C. EL CONVENIO N.º 182 DE LA O.I.T. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS PEORES FORMAS DE TRABAJO INFANTIL Y LA ACCIÓN INMEDIATA PARA SU ELIMINACIÓN

**16.** El principio de la eliminación efectiva del trabajo infantil es uno de los principales objetivos de la Organización Internacional del Trabajo desde su creación en 1919. El principio que fija en los 18 años el umbral para la admisión en «todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores» (90) ha quedado consagrado en el Convenio N.º 138 sobre la edad mínima y es reafirmado nuevamente en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por la Conferencia de la OIT el 18 de junio de 1998. También la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce al menor de 18 años el derecho «a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social» (91).

---

(88) Para un análisis de ambas funciones y, más concretamente, del fundamento jurídico de esta función de promoción y su ejercicio por el Comité de los Derechos del Niño, véase HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*, cit., pp. 548-554.

(89) *Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Belize*, Doc. N.U. CRC/C/15/Add.99, 10 de mayo de 1999, par. 14.

(90) Artículo 3.1

(91) Artículo 32.1

Por el momento, la OIT se ha fijado como objetivo prioritario e inmediato la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, cuestión abordada por el Convenio N.º 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, que adoptó de forma unánime la Conferencia de la OIT en junio de 1999, entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000 y ratificado por más de 70 Estados (92). En este Convenio se define nuevamente como niño a toda persona menor de 18 años (93) y se incluye una referencia específica a los niños soldados en el concepto de las peores formas de trabajo infantil. Concretamente, según dispone el artículo 3:

«A los efectos del presente Convenio, la expresión las peores formas de trabajo infantil abarca:

a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, *incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados*;

b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;

c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y

d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños» (94).

Aunque la prohibición enunciada en el artículo 3 a) se limita al *reclutamiento obligatorio o forzoso* de niños como soldados, la incidencia de

---

(92) Argelia, Argentina, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Belice, Bostwana, Brasil, Canadá, Chad, Chile, Chipre, República de Corea, Dinamarca, Dominica, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Gabón, Ghana, Guyana, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Italia, Jmahiriya Arabe Libia, Jordania, Kenya, Kuwait, Luxemburgo, Malasia, Malawi, Marruecos, Mauricio, México, Mongolia, Namibia, Nicaragua, Niger, Noruega, Panamá, Papua Nueva Guinea, Paraguay, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Centroafricana, República Dominicana, Rumanía, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, San Marino, Santa Lucía, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Tailandia, Togo, Túnez, Ucrania, Viet Nam, Yemen, Zimbabwe

(93) Artículo 2.

(94) Artículo 3 [cursiva añadida].

este Convenio con respecto al fenómeno de la participación de los niños en conflictos armados es potencialmente más amplia en virtud del artículo 3 d). En efecto, en los trabajos preparatorios se discutió sobre la posibilidad de mencionar explícitamente la intervención de niños en conflictos armados como combatientes. En los términos en que estaba redactado el proyecto de convenio, la propia Oficina de la OIT entendía que la participación de niños en servicios militares, fuerzas armadas o conflictos armados sería contraria al mismo, en la medida en que el trabajo o actividad que estuvieran realizando podía suponer una amenaza para su salud, seguridad o moralidad. En realidad, se daba por sentado que la participación en conflictos armados supondría necesariamente dicha amenaza (95).

A pesar de que su alcance es limitado, la mención expresa al fenómeno de los niños soldados que incluye el Convenio N.º 182 de la OIT es loable. Supone, en concreto, una explicitación jurídica oportuna del vínculo existente entre el uso de niños como soldados y el fenómeno del trabajo y la explotación infantil, y una mejora parcial de las protecciones previstas en el Derecho Internacional Humanitario y la Convención sobre los Derechos del Niño.

#### D. LA CARTA AFRICANA DE LOS DERECHOS Y EL BIENESTAR DEL NIÑO

17. En 1979, la Asamblea de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA) adoptó en la sesión celebrada en Monrovia (Liberia) la Declaración sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (96). En julio de 1990, este mismo órgano adoptaría en la sesión celebrada en Addis Abeba (Etiopía) la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (97), que entró en vigor el 29 de noviembre de 1999 y ha sido ratificada o aceptada por más de 20 Estados (98).

En el preámbulo de la Carta, los Estados Miembros de la OUA expresan su preocupación por la situación de los niños africanos, que en muchos casos resulta crítica como consecuencia de los factores socio-económicos, culturales y tradicionales característicos de este continente; en particular,

---

(95) *Trabajo infantil*, Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 87 reunión, Ginebra, 1999

(96) OAU Doc. AHG/ST.4 Rev.1.

(97) OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

(98) Angola, Benin, Burkina Faso, Camerún, Cabo Verde, Chad, Eritrea, Guinea, Lesotho, Malawi, Mali, Mauricio, Mozambique, Niger, Senegal, Seychelles, Sudáfrica, Togo, Uganda y Zimbabwe.

la situación de desarrollo, los desastres naturales, los conflictos armados, la explotación y el hambre. De otro lado, se incluye una referencia a las virtudes de la herencia cultural, la historia y los valores de la civilización africana, que inspiran y caracterizan la reflexión de los Estados Miembros de la OUA sobre el concepto de los derechos y el bienestar del niño.

La Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño asume, con sus peculiaridades, una aproximación holística análoga a la de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que define las responsabilidades del Estado, la comunidad y el individuo en la promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños en África, tanto en la paz como en la guerra. Concretamente, y tras haberse definido como niño a toda persona menor de 18 años (99), los Estados Partes se comprometen a respetar y garantizar el respeto de las normas del Derecho Internacional Humanitario relevantes para el niño y a la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar que los niños no participen directamente en las hostilidades, absteniéndose de reclutarlos. En tal sentido, el artículo 22 dispone:

«1. States Parties to this Charter shall undertake to respect and ensure respect for rules of international humanitarian law applicable in armed conflicts which affect the child.

2. States Parties to the present Charter shall take all necessary measures to ensure that no child shall take a direct part in hostilities and refrain, in particular, from recruiting any child.

3. States Parties to the present Charter shall, in accordance with their obligations under international humanitarian law, protect the civilian population in armed conflicts and shall take all feasible measures to ensure the protection and care of children who are affected by armed conflicts. Such rules shall also apply to children in situation of internal armed conflicts, tension and strife».

**18.** Esta Carta contempla la creación de un Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño integrado por 11 miembros, elegidos por la Asamblea de Jefes de Estado de la OUA sobre una lista de miembros propuestos por los Estados Partes (100).

En cuanto al mandato del Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, se le atribuye la función de promover y proteger los

---

(99) Artículo 2.

(100) Artículos 32-41.

derechos y el bienestar del niño, controlar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en virtud de la Carta, interpretar las disposiciones de la misma a petición de un Estado Miembro o un órgano de la OUA, cualquier persona o institución reconocida por la OUA o cualquier Estado Parte en la Carta y asumir las demás funciones que puedan serle encomendadas por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno o el Secretario General de la OUA o cualquier órgano de la OUA o la Organización de las Naciones Unidas (101).

Su competencia en materia de vigilancia no es facultativa y cada Estado Parte en la Carta se compromete a someterle informes periódicos sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de aquélla y de sus progresos en la realización de los derechos en ella reconocidos (102). El Comité puede también recibir comunicaciones de cualquier persona, grupo u Organización no Gubernamental reconocida por la OUA, por los Estados Miembros de la OUA y por la Organización de las Naciones Unidas sobre las cuestiones que son de su competencia (103) y está facultado para recurrir a cualquier método adecuado de investigación, pudiendo requerir de todo Estado Parte cualquier tipo de información que considere relevante para controlar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Carta (104).

Finalmente, el Comité de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño remitirá cada dos años un informe sobre su actividad a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA que habrá de ser posteriormente publicado (105).

### III. EL ALCANCE DE LAS PROHIBICIONES ESTABLECIDAS EN EL PROTOCOLO FACULTATIVO DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO RELATIVO A LA PARTICIPACION DE NIÑOS EN CONFLICTOS ARMADOS

**19.** El Grupo de Trabajo establecido en virtud de la resolución 1994/91 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, aprobó por consenso y aclamación el texto del Protocolo facultativo de la

---

(101) Artículo 42.

(102) Artículo 43.

(103) Artículo 44.

(104) Artículo 45.1.

(105) Artículo 45.2 y 3.

Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el 21 de enero de 2000. Finalmente, mediante su resolución 54/263, de 26 de junio de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba y abre a la firma, ratificación y adhesión el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niños relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Hasta el momento ha sido ratificado por más de 40 Estados (106).

El PFCDN se configura como un tratado internacional abierto a la firma de todo Estado que sea Parte en la Convención o la haya firmado —artículo 9.1—, así como sujeto a la ratificación y abierto a la adhesión de *todos los Estados* —artículo 9.2— Esta aproximación fue aceptada con renuencia por varios Estados, algunos de los cuales declararon que «el hecho de permitir la ratificación del protocolo facultativo sin la adhesión previa a la Convención sobre los Derechos del Niño no debía sentar un precedente para el futuro» (107) o precisaron que no tenían ningún inconveniente en aceptar esta fórmula «en la medida en que dicha ratificación supondría la aceptación de las obligaciones vinculadas a la Convención en los mismos términos que los Estados Partes en ésta» o «de los principios y artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño mencionados en el proyecto de texto» (108). Análogamente, otros representantes señalaron que si un Estado ejercía la facultad prevista en el Protocolo, esperaban que el mismo «respetaría los principios fundamentales de la Convención principal, es decir, la Conven-

---

(106) Los Estados que han ratificado son: Andorra, Argentina, Austria, Azerbaiyán, Bangladesh, Bélgica, Bulgaria, Cabo Verde, Canadá, Dinamarca, Dominica, El Salvador, España, Finlandia, Guatemala, Honduras, Irlanda, Islandia, Italia, Jamaica, Kenya, Malí, Malta, Marruecos, México, Mónaco, Namibia, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Qatar, República Checa, República Democrática del Congo, Rumanía, Rwanda, Santa Sede, Sierra Leona, Sri Lanka, Suiza, Tayikistán, Uganda y Viet Nam.

Han firmado ya los siguientes Estados: Alemania, Australia, Belice, Benín, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Camerún, Chad, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Duba, Ecuador, Eslovenia, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Gabón, Gambia, Grecia, Guinea-Bissau, Haití, Indonesia, Japón, Jordania, Kazajstán, Lesotho, Letonia, Liechtesntein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malawi, Maldivas, Mauricio, Mongolia, Nauru, Nepal, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Paquistán, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, República de Moldova, República Dominicana, San Marino, Senegal, Seychelles, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suriname, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

(107) Véanse las declaraciones del representante de Francia, en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 25, par. 92.

(108) Véanse las declaraciones de los representantes de Etiopía y Uruguay en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 33, par. 129, p. 35, par. 138.

ción sobre los Derechos del Niño» (109). En principio, se trata de un problema más teórico que práctico, ya que en la actualidad son Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño 191 Estados, lo que sin duda explica la aceptación de una fórmula que en otro caso hubiera resultado en exceso compleja. Sin embargo, la firma de Estados Unidos —uno de los dos Estados que junto con Somalia no ha prestado su consentimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño— abre expectativas en cuanto a la situación que puede crear su eventual ratificación del PFCND.

Las prohibiciones establecidas en el PFCND constituyen un estándar mínimo pues, como afirma en su artículo 5, ninguna de sus disposiciones se interpretará de manera que impida la aplicación de los preceptos del ordenamiento de un Estado Parte, de instrumentos internacionales o del derecho humanitario internacional cuando esos preceptos sean más propicios a la realización de los derechos del niño.

**20.** En virtud del artículo 8, se atribuye competencia al Comité de los Derechos del Niño para la supervisión de la aplicación del PFCND y el control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo. Aunque algunas delegaciones pretendieron que la función reconocida a este Comité quedase condicionada al reconocimiento de su competencia por cada Estado Parte interesado de conformidad con el artículo 41 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (110), su competencia no es de carácter facultativo sino automática.

Se ha previsto, en concreto, la obligación de los Estados Partes de presentar un informe inicial por separado, que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo facultativo, en tanto que los informes que deben presentarse ulteriormente formarán parte de los informes periódicos de cada Estado Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la aplicación de la misma (111).

Hubo algunas propuestas en las que se ampliaban notablemente las funciones del Comité, poniendo a su disposición un procedimiento de investigación de oficio cuando existiesen indicios de que un Estado Parte practicaba el reclutamiento de niños o los utilizaba como soldados en contravención con las disposiciones del PFCND. Finalmente, se ha manteni-

---

(109) Véanse las declaraciones de los representantes de Suecia, Suiza, Bélgica y Estados Unidos en Doc. UN E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 96 y p. 32, par. 120, p. 32, par. 123, p. 34, par. 133, respectivamente.

(110) E/CN.4/1995/96, par. 29 y 31.

(111) Los demás Estados Partes —esto es, los que eventualmente presten su consentimiento al Protocolo facultativo sin ser Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, presentarán un informe cada 5 años «artículo 8.3»—.

do el simple procedimiento de información mediante la presentación de informes periódicos, previéndose la posibilidad para el Comité de los Derechos del Niño de solicitar en cualquier momento información adicional a los Estados Partes (112).

A. LA EDAD MÍNIMA PARA EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

**21.** Parece que a los efectos del reclutamiento y la participación en hostilidades la edad mínima para el ejercicio del derecho de voto —que una mayoría abrumadora de Estados fija en los 18 años (113)— constituye una buena referencia, dado que la participación en el proceso político ofrece un indicador del momento en que la comunidad reconoce la madurez intelectual del individuo. Es también significativa la prohibición de la pena capital para las personas menores de 18 años en el momento de la comisión del delito que figura en el Derecho Internacional Humanitario,

---

(112) En concreto, en el artículo 8 de la propuesta conjunta de Canadá Noruega se disponía lo siguiente:

1. Si el Comité recibe información fidedigna que, a su juicio, contiene indicaciones fundadas de que en el territorio de un Estado Parte se está reclutando o utilizando a niños en hostilidades, en contravención de lo dispuesto en el presente Protocolo, el Comité podrá pedir al Estado Parte que formule las observaciones que considere oportunas en relación con esa información.

2. Teniendo en cuenta las observaciones que pueda haber formulado el Estado Parte de que se trate y cualquier otra información pertinente disponible, el Comité podrá:

a) Tratar de obtener aclaraciones, información u observaciones adicionales de cualquier fuente, incluida, en su caso, la(s) fuente(s) de la información original;

b) Celebrar audiencias a fin de aclarar la situación;

3. El Comité podrá iniciar una investigación confidencial, inclusive una visita de sus miembros (2-3) al territorio del Estado Parte de que se trate. La visita se realizaría tras celebrar consultas con el Estado Parte en relación con las modalidades de la misma.

4. Tras examinar las conclusiones de su investigación, que se realizó de conformidad con los párrafos 2 y 3 del presente artículo, el Comité transmitirá esas conclusiones al Estado Parte de que se trate junto con cualesquiera observaciones o recomendaciones que se consideren apropiadas en vista de la situación.

5. Todas las actuaciones del Comité mencionadas en los párrafos 1 a 4 del presente artículo serán confidenciales. Una vez terminadas las actuaciones relacionadas con una investigación que se lleve a cabo de conformidad con el párrafo 3, el Comité podrá decidir incluir una síntesis de los resultados de las actuaciones en su informe anual» (Doc. NU E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, pp. 14-15, par. 41).

(113) Un estudio realizado por la Unión Interparlamentaria en el que se examinaba el sistema electoral de 150 Estados reveló que al menos en 109 se establecía como límite mínimo la edad de 18 años, mientras que otros fijaban una edad levemente superior —19 a 21 años—. El límite más bajo, de 16 años, se aplicaba en cuatro países (*Electoral Systems: A World-Wide Comparative Study*, Ginebra, 1993, p. 4).

los instrumentos universales y regionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la legislación nacional de numerosos países, pues implica un reconocimiento de su capacidad reducida para apreciar la responsabilidad penal de sus actos. Por analogía, cabe argumentar que *resultaría censurable reconocer al menor de 18 años plena capacidad para discernir los motivos y riesgos de su participación en las hostilidades a raíz de decisiones políticas sobre las que no ejerce ninguna influencia* (114).

Por otra parte, es evidente la conexión que existe entre el hecho del reclutamiento y la eventual participación en las hostilidades, de manera que las prohibiciones relativas al reclutamiento pueden considerarse instrumentales y coadyuvantes respecto de las relativas a la participación en las hostilidades. Como ha señalado a este respecto el CICR:

«Es evidente que un niño que haya sido reclutado por las fuerzas armadas o por un grupo armado antes de cumplir los dieciocho años corre más riesgos de participar luego en hostilidades, si éstas ocurrieran antes de que alcance dicha edad. En efecto, habrá recibido una formación militar que será tentador utilizar en una situación de conflicto armado. Ello es especialmente cierto cuando escasean los efectivos. En efecto, en ese caso la movilización es a menudo más general y afecta en especial a los más jóvenes» (115).

Además, no es infrecuente que se reclute a niños incluso menores de 15 años que en muchos casos carecen de partida de nacimiento o de otros documentos que reflejen su edad, y, mientras puede no resultar muy difícil a sus superiores simular que han alcanzado esa edad, hay menor riesgo de abusos cuando el límite mínimo se fija en los 18 años pues son más notorias las diferencias en el aspecto físico (116). Pero ante todo, como hemos visto en relación con el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño la distinción entre niños menores de 15 y de 18 años que realiza a efectos de su participación en conflictos armados es contra-

---

(114) COHN, I./GOODWIN-GILL, G.S, *Los niños soldados*, cit., pp. 4-6.

(115) *Ibid.*, par. 12. En el mismo sentido, las opiniones doctrinales de HERNÁNDEZ PRADAS, S., *El niño en los conflictos armados*, cit., pp. 407-408.

(116) «La implicación de los niños en los conflictos armados», *RICR*, Marzo 1998, n.º 145, p. 121, par. 14, que incluye Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que atañe a la participación de los niños en los conflictos armados. Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997. En el mismo sentido las declaraciones del Sr. Olara A. OTUNNU, Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, ante el Grupo de Trabajo (Doc. NU. E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, par. 25.

dictoria con la definición que ofrece del niño, entendiendo por tal todo ser humano menor de 18 años de edad. Parece, por tanto, inadecuado que se garantice a los niños una protección más limitada en las situaciones de conflicto armado que, por definición, suponen mayores riesgos y peligro para sus derechos.

Por estos motivos, puede afirmarse que la fórmula óptima era la que acogía el anteproyecto del Protocolo facultativo elaborado por el Comité de los Derechos del Niño, que en sus artículos 1 y 2 había fijado el mínimo común de los 18 años de edad para el reclutamiento y la participación en las hostilidades. En consecuencia, la primera crítica que suscita el texto del PFCDN es precisamente la de haber establecido *una cierta disociación entre la edad mínima para la participación en las hostilidades y la edad mínima para el reclutamiento*. Concretamente, esta disociación se ha incorporado al enunciado de las obligaciones impuestas a los Estados Partes, que aceptan el límite de los 18 años de edad para la participación directa en las hostilidades y el reclutamiento obligatorio, pero admiten la posibilidad del reclutamiento voluntario y la participación indirecta en las hostilidades entre los 16 y los 18 años.

Por el contrario, el PFCDN prohíbe categóricamente que los grupos armados recluten a menores de 18 años o los utilicen en hostilidades. Tampoco es en esto satisfactoria su política jurídica pues, como señalaba el observador de UNICEF, esta dicotomía de soluciones en relación con las fuerzas armadas nacionales y los grupos armados hace que surgan *dudas sobre la compatibilidad de las soluciones arbitradas por el protocolo con los principios de la universalidad de los derechos humanos y de la no discriminación* (117). Desde un punto de vista más práctico, también el CICR anticipaba algunas consecuencias negativas, pues no cabe esperar que los agentes no estatales se sientan vinculados por una norma diferente a la que se impone a los Estados, y por lo tanto no es seguro que la vayan a respetar (118).

Nada pudo impedir que se consumaran estos resultados, aunque los esfuerzos se sucedieron hasta el último momento. Como hecho signifiativo cabe recordar que, al iniciarse el sexto y último período de sesiones del Grupo de Trabajo, se introdujo una declaración conjunta titulada «Los organismos de las Naciones Unidas piden que se prohíba el reclutamiento y la participación de niños menores de 18 años en los conflictos armados», hecha por el Comité de los Derechos del Niño, la Oficina del Represen-

---

(117) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, pp. 27-28, par. 102.

(118) *Ibid.*, p. 29, par. 108.

tante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, que fue comunicada a la prensa el 12 de enero de 2000. También la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se dirigió al Grupo de Trabajo expresando su opinión de que «ningún niño menor de 18 años debía ser reclutado en las fuerzas armadas, ya fuera de forma voluntaria o involuntaria, o participar en hostilidades armadas» (119) y recordó a los Estados que no pudieran aceptar esta postura que el protocolo tenía carácter facultativo y «habría que instar a esos Estados a que no bloquearan el consenso que estaba alcanzando la inmensa mayoría de los Estados que apoyaban en ese momento dicha postura» (120). En términos análogos se pronunciaron el representante del Comité de los Derechos del Niño y el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados, apostando ambos por un Protocolo facultativo claro y firme que conservara las normas más elevadas de protección de los derechos del niño (121).

#### B. LAS OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS (I): PROHIBICIONES Y GARANTÍAS RELATIVAS AL RECLUTAMIENTO DE NIÑOS

**22.** Como observábamos previamente, la tendencia a elevar la edad mínima para el reclutamiento a los 18 años ya se había manifestado en la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados celebrada en Ginebra (1974-1977) y en el momento de la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño. También resulta significativo el hecho de que las legislaciones nacionales muestren una tendencia mayoritaria a adoptar la edad mínima de 18 años, e incluso una edad superior, para el reclutamiento obligatorio o conscripción (122). En tal sentido, en el anteproyecto del Comité del Niño figuraba un artículo 2 con el siguiente tenor literal:

---

(119) *Ibid.*, p. 8, par. 23.

(120) *Ibid.*

(121) *Ibid.*, pp. 10-11, par. 25-30.

(122) GOODWIN-GILL, G./COHN, I., *Enfants soldats - Le rôle des enfants dans les conflits armés*, Montreal, 1995, pp. 231-254; BRETT, R./ McCALLIN, M./O'SHEA, R., *Children - The invisible soldiers*, cit., pp. 53-64.

«Los Estados partes se abstendrán de reclutar en sus fuerzas armadas a cualquier persona que no haya cumplido los 18 años de edad».

Sin embargo, hubo en esencia tres tipos de propuestas que suponían una reducción de la protección conferida en ese artículo:

a) Algunos Estados hicieron propuestas en las que tendían a modificar *el límite de edad*, rebajándolo a los 17 —Estados Unidos (123)—, 16 —Cuba y Australia (124)— o incluso los 15 años de edad —Japón (125)—. En términos más generales, mientras que algunos Estados se hallaban dispuestos a aprobar sin demora un Protocolo facultativo que fijase en 18 años la edad mínima para el reclutamiento insistiendo en que era imperativo establecer este límite, otros representantes señalaron que su legislación nacional entraría en conflicto con las disposiciones del protocolo si éste se redactaba en tales términos y adujeron que el aumento de la edad límite de reclutamiento no era la única forma de proteger a los niños contra la participación en conflictos armados (126).

b) Otras propuestas incidían en el *carácter del reclutamiento*, ya que desde un principio varios Estados —como Estados Unidos (127), Países Bajos (128), Reino Unido (129) o Australia (130)—, manifestaron su interés por limitar la prohibición al reclutamiento *obligatorio* de niños.

c) Finalmente, otras propuestas tendían a limitar la prohibición añadiendo *cláusulas funcionales sobre los fines del reclutamiento*. De una parte, tanto para Japón (131) como Suecia (132) o Francia (133), el reclutamiento prohibido sería únicamente el realizado *con fines tales que éstos pudieran verse obligados a participar directamente* en las hostilidades. Por otro lado, varios Estados expresaron su preocupación por la situación específica y los límites de edad de los *niños alistados o admitidos como*

---

(123) E/CN.4/1995/96, par. 98.

(124) *Ibid.*, par. 114 y 115-116. No obstante, Cuba se manifestó inicialmente a favor de una fórmula que suponía el reconocimiento del límite de los 18 años, salvo que en virtud de la ley que le fuera aplicable al menor, éste hubiera alcanzado la mayoría de edad (*Ibid.*, par. 93).

(125) *Ibid.*, par. 117.

(126) *Ibid.*, par. 17-19.

(127) *Ibid.*, par. 89.

(128) *Ibid.*, par. 90.

(129) *Ibid.*, par. 91.

(130) *Ibid.*, par. 107, 116

(131) *Ibid.*, par. 94.

(132) *Ibid.*, par. 99.

(133) *Ibid.*, par. 102.

*cadetes en escuelas militares e instituciones educaciones similares* de sus respectivos países, que debían quedar excluidas de la prohibición general del reclutamiento de menores de 18 años (134); así, Estados como Francia (135) o Méjico (136), que la circunscribían a los solos fines educativos o de adiestramiento militar o, en el caso de Cuba (137), la extendían a la realización del servicio militar o programas regulares de alistamiento en las fuerzas armadas. Más matizada era aún la posición de Estados como Australia (138) o Reino Unido (139), que únicamente contemplaban el enrolamiento con tales fines *de carácter voluntario*.

Todas estas tendencias, que desde un principio trataron de ser integradas en diversas propuestas, principalmente las australianas (140), han tenido finalmente alguna traducción en las prohibiciones fijadas por los artículos 2 y 3 del PFCDN.

**23.** El artículo 2 del PFCDN establece la *prohibición del reclutamiento obligatorio de menores de 18 años* en los siguientes términos:

«Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años».

Aunque el concepto de reclutamiento presentaba dificultades, por la diversidad de los sentidos que se le atribuyen en los diferentes idiomas, se impuso frente a otros términos alternativos como los de conscripción, alistamiento, enrolamiento, admisión e inscripción (141). El lenguaje del PFCDN no es en esto preciso, pero cabe interpretar que en el concepto de reclutamiento *obligatorio* quedarían incluidas la denominada *conscripción* y otras modalidades conocidas en la práctica como el *reclutamiento forzado* y el *reclutamiento coercitivo o abusivo* de niños.

Según los datos disponibles de la organización Rädä Barnen (Save the Children Sweden) (142), la conscripción —o reclutamiento obligatorio en sentido estricto— por debajo de los 18 años de edad sólo es practicado actualmente en 6 Estados (143). Todos los demás acogen ese

---

(134) *Ibid*, par.27.

(135) *Ibid*, par. 92.

(136) *Ibid*, par. 100.

(137) *Ibid*, par. 103 y 109.

(138) *Ibid*, par. 101.

(139) *Ibid*, par.

(140) *Ibid*, par. 107,y116.

(141) *Ibid*, par. 28.

(142) Véase la base de datos CHILDDWAR (<http://www.child.soldiers.org>).

(143) Afganistán, Angola, China, Croacia, Cuba y Singapur.

límite de edad, salvo 12 de ellos que tienen ya establecida una edad superior (144).

El reclutamiento forzado se identificaría con aquellos supuestos de amenaza o atentado real contra la integridad física del niño o alguna persona allegada para forzar su reclutamiento. Algunos de estos niños son aprehendidos al azar en el campo mientras que a otros se les apresa en batidas de reclutamiento ya sea en las calles y autobuses, mercados, iglesias, orfanatos u otras instituciones de internamiento de menores. Posteriormente, son trasladados por la fuerza a centros de adiestramiento alejados de sus hogares y de sus familias. Son comunes las amenazas para disuadirlos de la desertión y, en ocasiones —como sucedió con los niños reclutados por la RENAMO en Mozambique—, se les obligó a matar a personas conocidas de sus aldeas para descartar la posibilidad de que trataran de regresar a ellas. Se ha recurrido a esta práctica para el reclutamiento en las fuerzas armadas, a modo de ejemplo, en Estados como Etiopía, Mozambique, Birmania, El Salvador o Guatemala. También está documentado su uso contra las poblaciones indígenas mayas para la incorporación en las patrullas paramilitares de defensa civil en Guatemala y la incorporación a las patrullas civiles en Perú. Ha sido igualmente una técnica muy utilizada por los grupos armados de oposición como el FLNFM en El Salvador, el EPLF en Etiopía, la RENAMO en Mozambique, Sendero Luminoso en Perú, el NPLF en Liberia, el LTTE en Sri Lanka y algunos grupos étnicos en Birmania (145).

En los supuestos de reclutamiento coercitivo o abusivo, aunque no existe prueba de amenaza física o intimidación directa, se cuenta con otros indicios para deducir que el enrolamiento fue involuntario. El ejemplo lo ofrecen en este caso varios miles de niños encontrados, en los años 80, cuando erraban por las fronteras desérticas de Sudán, Etiopía y Kenya. Según diversas fuentes de información, habían sido separados de sus familias a muy corta edad por el Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés —SPLA— y utilizados con el tiempo como tropas de vanguardia y en la limpieza de campos de minas (146).

Con todo, la principal distinción y probablemente la más artificial, es la que introduce el PFCDN entre reclutamiento *obligatorio* y *voluntario*. Todo indica que muchos niños soldados que no han sufrido el recluta-

---

(144) Benin, Chad, Gabón, Irak, Corea del Sur, Lituania, Rumanía, Suecia, Suiza, Togo, Túnez y Turquía.

(145) *Niños Soldados, cit.*, pp. 10-15.

(146) *Ibid.*, p. 14.

miento forzado o coactivo, o mediante conscripción, han sido igualmente «objeto de manipulaciones compuestas de incentivos y presiones sutiles más difíciles de combatir que el propio reclutamiento forzado flagrante» (147). Así, algunos optan por hacerse voluntarios para evitar las consecuencias del reclutamiento forzado o coactivo, ya que al menos obtienen permisos para visitar a sus familias y un mejor trato y consideración entre sus compañeros. Muchos contemplan esta opción como la única forma de asegurarse el sustento, lo que se potencia fácilmente con engaños y promesas de recompensas futuras; otros, como los refugiados y desplazados internos, han quedado solos y desarraigados, han presenciado actos de violencia contra sus familiares y conocidos, o los han sufrido, y es su sentimiento de vulnerabilidad o su deseo de venganza el que les incita a integrarse en un grupo y tomar las armas; en ocasiones, todo el desarrollo intelectual de estos niños ha tenido lugar en un contexto caracterizado por la militarización de la vida cotidiana y las tentativas de adoctrinamiento.

24. El artículo 3 del PFCDN establece *la obligación de los Estados de elevar a más de 15 años la edad del reclutamiento voluntario* —que no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control— e introduce un régimen de garantías para este tipo de reclutamiento. Concretamente, se dispone a este respecto lo siguiente:

«1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

---

(147) *Ibid.*, p. 15.

- a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;
- b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;
- c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
- d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

4. Cada Estado Parte podrá ampliar su declaración en cualquier momento mediante notificación a tal efecto dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual informará a todos los Estados Partes. La notificación surtirá efecto desde la fecha en que sea recibida por el Secretario General.

5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño».

Según los datos disponibles de la Organización Rádda Barnen (Save the Children Sweden), parecen ser únicamente 6 los Estados que en la actualidad admiten el reclutamiento voluntario de niños menores de 16 años (148). Serían aun más de 40 los Estados que practican el reclutamiento voluntario entre los 16 y 18 años de edad (149).

La posición de principio que en punto ha asumido el PFCDN es débil e insatisfactoria. Aunque este hecho ha tratado de compensarse con un régimen de garantías para el reclutamiento voluntario —tales como, el conocimiento de sus padres, tutores legales u otras personas jurídicamente responsables de éste y la necesidad de medidas legislativas y administrativas a este respecto— (150), el enfoque adoptado no es realista. Resultará muy difícil sobre el terreno determinar si los niños han sido reclutados voluntariamente o no. Aunque las salvaguardias constituyan un aspecto positivo, en muchos Estados afectados por la guerra existen esca-

---

(148) Irak, Japón, Laos, Libia, Nepal y Rwanda. Todos ellos establecen el umbral de los 15 años salvo Libia, que al parecer admite el reclutamiento voluntario de niños de 14 años.

(149) Alemania, Australia, Austria, Bangladesh, Bhután, Brasil, Burundi, Canadá, Chile, China, República Dominicana, El Salvador, Estados Unidos, Finlandia, Grecia, Holanda, India, Irlanda, Israel, Italia, Corea del Norte, Luxemburgo, Mauritania, Méjico, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Paquistán, Perú., Polonia, Singapur, Sudáfrica, Sudán, Reino Unido, y la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

(150) E/CN.4/1995/96, par. 104, 116.

sas posibilidades de proporcionar una prueba fiable de la edad —por ejemplo, cuando no se haya registrado el nacimiento, no esté prevista la concesión de documentos que lo acrediten a menores de 18 años o, simplemente, no exista registro de nacimientos porque ha sido destruido—, o de otros datos contemplados en el artículo como garantías (151).

En todo caso, las limitaciones y excepciones previstas en este artículo 3 se refieren exclusivamente a la prohibición del reclutamiento y no a la participación directa en las hostilidades enunciada en el artículo 1 (152). Conviene recordarlo, porque hubo alguna propuesta para que se incluyera esta excepción tanto en el contexto de la prohibición de la participación en las hostilidades como del reclutamiento de menores de 18 años (153).

Asimismo, al ratificar el PFCDN, los Estados tienen siempre la posibilidad de depositar declaraciones vinculantes en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.4, por las que establezcan la edad mínima de 18 años para el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales. El primer Estado que lo ha hecho así ha sido Andorra.

**25.** El artículo 3.5 del PFCDN reconoce *la excepción relativa a las academias y escuelas militares*. Concretamente se afirma:

«5. La obligación de elevar la edad según se establece en el párrafo 1 del presente artículo no es aplicable a las escuelas que las fuerzas armadas de los Estados Partes administren o tengan bajo su control, de conformidad con los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño».

La referencia queda limitada a las escuelas militares administradas por el ejército porque, como pusieron de manifiesto algunas delegaciones, si esas escuelas sólo lo fueran de enseñanza y no supusieran reclutamiento en las fuerzas armadas no hubiera sido necesario referirse a ellas en el Protocolo facultativo (154).

---

(151) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 107.

(152) En este sentido era interesante la propuesta de Polonia respecto de la negociación de las cuestiones que regula finalmente el artículo 3, indicando a este respecto que tales circunstancias «no se podrán interpretar en el sentido de que permitirían suspender la aplicación de las disposiciones del artículo 1» (E/CN.4/1995/96, par. 119).

(153) E/CN.4/1995/96, par. 77 —«con excepción del reclutamiento de cadetes en escuelas militares»—, y 81 —«no se aplicará a los niños de las academias militares»—. Es criticable el hecho de que pretenda introducirse esta excepción en el marco de un artículo que prohíbe la participación en las hostilidades. Más sentido tiene, y así quedo reconocido, esta excepción respecto de la obligación específica de reclutamiento de menores de 18 años (E/CN.4/1995/96, par. 96).

(154) E/CN.4/2000/Wg.13/CRP.1/Rev.1, p. 20, par. 65.

Se trata de otro punto débil en el texto del PFCND porque ofrece la posibilidad de burlar los límites de edad fijados para el reclutamiento (155) dado que, como observaba el representante ruso, el artículo 3 encierra un defecto importante al no establecer un límite de edad para la aplicación de esta excepción (156). Además, existe siempre el riesgo ya comentado de que se pida a estos menores de 18 años que participen en las hostilidades por haber recibido la formación necesaria y, en todo caso, «como estos establecimientos dependen administrativamente de las fuerzas armadas se puede pensar que los estudiantes son miembros de dichas fuerzas convirtiéndose así en blanco de ataques» (157). Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ya ha anticipado a este respecto que lo ideal, para reducir en la medida de lo posible estos riesgos, sería que las instituciones en cuestión fuesen supervisadas por el Ministerio de Educación y no por los Ministerios de Defensa.

#### C. LAS OBLIGACIONES PARA LOS ESTADOS PARTES (II): LA PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DIRECTA EN LAS HOSTILIDADES

**26.** En el artículo 1 del PFCND se establece a este respecto que:

«Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades».

En Derecho Internacional Humanitario el concepto de hostilidades se identifica con los actos de guerra que, por su índole o finalidad, estén destinados a atacar al personal y material de las fuerzas armadas del adversario (158). Se ha defendido que en la noción quedarían comprendidos los preparativos para el combate y el regreso del combate (159), y en el caso de civiles que utilizan un arma su participación en hostilidades cubre también

---

(155) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 107.

(156) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 36, par. 142.

(157) «La implicación de los niños en los conflictos armados», *RICR*, Marzo 1998, n.º 145, p. 121, par. 12, que incluye Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por lo que atañe a la participación de los niños en los conflictos armados. Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 27 de octubre de 1997.

(158) Actas XIV, CDDH/III/SR.2, p. 16.

(159) Actas XV, CDDH/III/224, p. 32.

el tiempo durante el cual la portan (160) y en el que cometan actos hostiles sin usar el arma (161).

El artículo 1 del anteproyecto del Comité de los Derechos del Niño enunciaba la prohibición de la participación en las hostilidades para los menores de 18 años, según una fórmula que se extendía a cualquier forma de participación. Sin embargo, desde el primer momento algunos Estados —por ejemplo, Japón (162) y Nigeria (163)— insistieron en que la prohibición quedase limitada a la participación *directa* de estos menores en las hostilidades.

El Protocolo facultativo reitera, pues, la distinción entre participación directa e indirecta que ya conocen el Protocolo I a los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención sobre los Derechos del Niño. Se hace entonces preciso determinar el sentido de la participación directa, que no es definida por ninguno de estos instrumentos (164). Según los comentarios más autorizados ésta supondría la existencia de «un nexo causal entre la actividad ejercida y los daños inflingidos al enemigo en el momento en que se ejerce esta actividad y en el lugar donde se ejerce» (165), identificándose así con «los actos de guerra que por su carácter u objetivo tienen por fin causar concretamente estragos en el personal y el material de las fuerzas armadas contrarias» (166). Consecuentemente, la participación indirecta consistiría en actos como la búsqueda y transmisión de información militar —esto es, transmisión de mensajes, espionaje o sabotaje—, el transporte de armas y municiones, el abastecimiento o la detección y limpieza de minas y otras tareas que, como norma, parecen ser las labores más frecuentemente encomendadas en la práctica a los menores.

Esta distinción debilita mucho la protección del niño y es criticable porque la prohibición de la participación indirecta —como sucede con el reclutamiento voluntario—, es una medida instrumental muy recomendable si se quiere una eliminación efectiva de la participación directa. Ade-

---

(160) Artículo 45 del Protocolo I.

(161) *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., p. 633, par. 1943.

(162) E/CN.4/1995/96, par. 67 y 76. Incluso se expresó esta concepción respecto de la prohibición del reclutamiento, que para este Estado debía limitarse al reclutamiento «como combatiente que participa directamente en las hostilidades», par. 94.

(163) E/CN.4/1995/96, par., 81, 85.

(164) Durante las negociaciones la delegación italiana pidió que se estableciera una interpretación auténtica con el fin de aclarar la noción, pero esta iniciativa no prosperó (E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 116).

(165) Argumentación del Comité Internacional de la Cruz Roja, cit., par. 29; *Commentaire des Protocoles additionnels*, cit., pp. 522 y 633.

(166) *Ibid.*

más, resulta evidente que ambas formas de participación pueden acarrear los mismos peligros frente a los ataques del enemigo. En el mismo sentido, cabe advertir que la participación indirecta implica riesgos particulares también muy graves para los niños —como la eventual acusación de espionaje— y no aleja a estos menores de un contexto en el que son frecuentes los castigos, malos tratos y abusos sexuales, quedando en todo caso cerciorados sus derechos a la sanidad, la educación, el desarrollo psicológico y el bienestar general. Aunque la técnica jurídica pueda hacerlo posible, no se comprende que una participación indirecta con tales implicaciones de niños entre 15 y 18 años resulte aceptable para los mismos Estados que han proclamado su compromiso con los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y asumido como un objetivo prioritario la eliminación de la explotación infantil -en particular, las peores formas del trabajo infantil- en instrumentos adoptados por la OIT, en ambos casos respecto de toda persona menor de 18 años.

#### D. LAS OBLIGACIONES COMPLEMENTARIAS PARA LOS ESTADOS PARTES

27. Puede afirmarse que el PFCDN establece ciertas obligaciones complementarias a cargo de los Estados Partes, en la medida en que su objetivo no es otro que el de prevenir y sancionar el incumplimiento de las prohibiciones relativas al reclutamiento y la participación de niños en hostilidades o garantizar la desmovilización y la asistencia a los niños que hubieran participado en conflictos armados en contravención de sus disposiciones. Aunque la mayor parte de estas obligaciones se imponen a los Estados con carácter individual, éstos han asumido una responsabilidad colectiva al afirmar su deber de cooperación en la financiación de programas para la rehabilitación y la reintegración social de los niños soldados. Dicha cooperación la llevarán a cabo en consulta con los Estados Partes afectados y las organizaciones internacionales pertinentes, en tanto que la asistencia internacional se prestará mediante los programas multilaterales, bilaterales o de otro tipo existentes o, entre otras cosas, mediante un fondo voluntario constituido a tal efecto (167).

En el artículo 6(1) se enuncia la obligación de *adoptar todas las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las dis-*

---

(167) Artículo 7 del PFCDN.

*posiciones del PFCDN dentro de su jurisdicción.* Se ha suprimido la referencia incluida en la propuesta conjunta de Canadá y Noruega a la imposición de sanciones penales, que había provocado algunas reacciones por parte de quienes asumiendo que las sanciones debían afectar a todas las partes —esto es, tanto a los agentes no estatales como a los estatales—, defendían que a los agentes estatales que violaran el PFCDN debían aplicárseles medidas administrativas más que penales (168).

En el artículo 6 (2) los Estados Partes se comprometen a *difundir y promover por los medios adecuados, entre adultos y niños por igual, los principios y disposiciones del Protocolo.* Se trata de una disposición inspirada en la obligación de difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario que figura en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos I y II de 1977 (169). El enunciado en el PFCDN es, no obstante, menos preciso pues en Derecho Internacional Humanitario se afirma la obligación de incorporar el estudio de las normas pertinentes a los programas de instrucción militar y civil y se especifica que la responsabilidad en materia de difusión ha de ejercerse tanto en tiempo de paz como en período de conflicto armado. Sin embargo, mientras que en el marco del Derecho Internacional Humanitario no se ha logrado establecer un mecanismo específico de supervisión del cumplimiento de estos compromisos (170), el control del cumplimiento de las obligaciones relativas a difusión y promoción de los principios y disposiciones del PFCDN, al igual que sucede con el resto de las obligaciones asumidas por los Estados Partes, será ejercido por el Comité de los Derechos del Niño.

Asimismo, en virtud del artículo 6 (3), los Estados Partes asumen obligaciones con respecto a las personas que estén bajo su jurisdicción y hayan sido reclutadas o utilizadas en hostilidades en contradicción con las disposiciones del PFCDN. En concreto, deberán *adoptar todas las medidas posibles para que sean desmovilizadas o separadas del servicio de otro*

---

(168) Doc. NU E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 17, par. 48.

(169) Artículos 47, 48, 127 y 144 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente, artículo 83 del Protocolo I y 19 del Protocolo II.

(170) En concreto, en el marco de la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario celebrada en Ginebra (1975-1977) el CICR había presentado una propuesta, que no prosperó, en virtud de la cual los Estados Partes en el Protocolo I se comprometían a remitir informes al depositario de los Convenios o el CICR, cada 4 años, sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a sus obligaciones de difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario (*Commentaires des Protocoles Additionels, cit.*, pp. 985 y 987).

*modo*. De ser necesario, los Estados Partes deben *prestar a esas personas toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social*. A este respecto, hay que recordar que la propia Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a promover la recuperación física y psicosocial y la reintegración social de los niños que han sido víctimas de conflictos armados. En todo caso, lo determinante es que el PFCDN formula implícitamente el principio de que los niños que han participado en las hostilidades merecen el tratamiento de víctimas y las medidas de rehabilitación o reinserción social que adopten los Estados —especialmente en situaciones de conflicto armado sin carácter internacional— no deben encubrir un intento de sancionarlos, por ejemplo mediante privaciones de libertad que no responden al interés superior del niño.

Finalmente, cabe añadir que también en el marco del artículo 4 (2) se definen obligaciones complementarias para los Estados Partes *en relación con las prohibiciones impuestas a lo grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado* sobre el reclutamiento y la participación de niños menores de 18 años en conflictos armados. En concreto, tales Estados son llamados a *adoptar todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas*. De nuevo, hay una clara analogía con el sistema de represión de las infracciones previsto en Derecho Internacional Humanitario, que obliga a los Estados Partes a imponer a los infractores sanciones administrativas, disciplinarias o penales, atendiendo a la gravedad de la conducta y las circunstancias que en ella concurran (171). Sin embargo, es discutible la asimetría con respecto a las eventuales infracciones cometidas por los funcionarios y miembros de las fuerzas armadas gubernamentales ya que, como anteriormente hemos observado, se ha suprimido del texto del PFCDN la previsión expresa de la adopción de sanciones penales contra éstos. En cualquier caso, para el CICR, parece probable que una sanción penal en virtud del Derecho interno contra los miembros de grupos armados distintos del Estado tenga efectos limitados, pues los que se levantan en armas contra el gobierno legalmente establecido ya se exponen a los castigos más severos de la ley y además la capacidad de los gobiernos para aplicar estas sanciones resulta a menudo muy limitada en situaciones de conflicto armado no internacional (172).

---

(171) Artículos 49, 50, 129 y 146 de los Convenios de Ginebra de 1949 y 85-87 del Protocolo I.

(172) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 29, par. 108.

E. LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS A LOS GRUPOS REBELDES U OTRAS FORMACIONES ARMADAS IRREGULARES RESPECTO DEL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN LAS HOSTILIDADES

28. Dado que una gran parte de los niños que participan en conflictos armados no lo hacen como miembros de las fuerzas armadas regulares sino de otro tipo de grupos o fuerzas, y esencialmente en situaciones de conflicto armado interno, se consideró desde un primer momento que la prohibición del reclutamiento y la participación de los niños en las hostilidades debía referirse tanto a las fuerzas armadas gubernamentales como a las formaciones armadas irregulares o los grupos rebeldes. Aunque se planteó la posibilidad de hacerlo estableciendo un concepto muy amplio de «fuerzas armadas» (173), se impuso el criterio de aquellas delegaciones que defendían que la prohibición dirigida a los grupos irregulares debía figurar en un artículo separado del PFCDN (174). En concreto, en virtud del artículo 4:

«1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

[...]

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado».

Existía ya una práctica internacional relevante en este sentido, ya que el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la cuestión de los niños y los conflictos armados ha estado trabajando con los equipos de las Naciones Unidas en varios países —principalmente, los coordinadores residentes y representantes de UNICEF— para obtener el compromiso de las partes beligerantes de no reclutar a niños ni utilizarlos como soldados. El propio Secretario General de la Organización ha observado que las operaciones de las Naciones Unidas sobre el terreno y las oficinas locales del UNICEF, ACNUR y ACNUDH se encuentran en

---

(173) Según una propuesta de los Cuáqueros ello se conseguiría mediante una definición amplia del concepto de fuerzas armadas a los efectos de la aplicación del protocolo, en la que quedarían comprendidas «las fuerzas armadas regulares e irregulares del gobierno, las fuerzas de defensa civil o paramilitares del gobierno, y cualquier otra milicia, fuerza o grupo armados, privados o públicos, que funcionen en un Estado parte en el presente protocolo o desde él (E/CN.4/1995/96, par. 95).

(174) E/CN.4/1995/96, par. 24.

una posición óptima para asumir funciones de promoción y vigilancia respecto del cumplimiento de estos compromisos. También el CICR y las Organizaciones No Gubernamentales, locales e internacionales, algunas de las cuales actúan como asociados en las operaciones de las Naciones Unidas (175).

29. Durante las negociaciones en el Grupo de Trabajo algunos representantes expresaron, no obstante, sus dudas sobre la posibilidad de imponer obligaciones a las entidades que no fuesen los Estados, porque no eran Partes en la Convención ni el Protocolo y, argumentaban, los instrumentos de Derechos Humanos se referían principalmente a los Estados. Todavía al comienzo del sexto período de sesiones algunos de ellos insistían en que «las Partes que no eran Estados no podían quedar obligados por tratados entre Estados y que, por consiguiente, era un asunto que debía regular la legislación nacional» (176).

Ciertamente, el moderno concepto de derechos humanos está anclado históricamente e ideológicamente en una lucha por la limitación del poder que el Estado ejerce sobre las personas sometidas a su jurisdicción. En consecuencia, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enunciado tradicionalmente obligaciones jurídicas para los Estados, abarcando las acciones u omisiones de sus funcionarios y de las personas o grupos que actúen *de facto* como órganos del Estado. Puede asimismo afirmarse la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento de su deber de diligencia con respecto a las conductas de los particulares sometidos a su jurisdicción que supongan una lesión de los derechos reconocidos a la persona humana (177).

Con todo, es un hecho que las medidas adoptadas por los grupos armados como actores distintos del Estado tienen consecuencias negativas en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Por este motivo, se ha reconocido recientemente la necesidad de evaluar en qué medida el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiende a superar la dicotomía tradicional del individuo frente al Estado «para dirigirse a

---

(175) *Los niños y los conflictos armados*, Doc. N.U. A/55/163-S/2000/712, de 19 de julio de 2000, p. 5, par. 13.

(176) *Ibid.*, par. 37.

(177) Para un estudio de la cuestión a la luz de las aportaciones de la sentencia de la CIJ, de 27 de junio de 1986, en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*; la sentencia del TEDH, de 18 de diciembre de 1996 en el *asunto Loizidou* y la sentencia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia, de 17 de julio de 1999, en el *asunto Tadic*, véase KRESS, C., «L'organe de facto en droit international public. Réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents», RGDIP, Vol. 105, N.º 1, 2001, pp. 93-144.

la creación de obligaciones aplicables también a los particulares y a agentes no pertenecientes a un Estado, incluidos los movimientos de liberación y las organizaciones terroristas» (178).

Es sabido que el Derecho Internacional Humanitario ha experimentado ya un desarrollo notable en este sentido. Este desarrollo lo inician los Convenios de Ginebra de 1949 —que atribuyen fuerza obligatoria a las normas humanitarias del artículo 3 común también para los rebeldes— y lo confirman los Protocolos Adicionales I y II de 1977. En concreto, las disposiciones del Protocolo II son oponibles a todas las partes —y no simplemente a las fuerzas armadas gubernamentales— en un conflicto armado sin carácter internacional. Por su parte, el Protocolo I es aplicable en conflictos armados internacionales, incluidos los conflictos armados en los que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a la libre determinación. La autoridad que represente a un pueblo en un conflicto armado de este tipo podrá, en virtud de la declaración unilateral prevista en su artículo 96.3 del Protocolo I, comprometerse a aplicar los Convenios y este Protocolo, ejerciendo como consecuencia de ello los mismos derechos y asumiendo las mismas obligaciones que las Altas Partes contratantes. Consecuentemente, ha quedado reconocida la eventual responsabilidad internacional de los movimientos insurreccionales por la actuación de sus órganos (179).

En los comentarios al artículo 3 común, la oponibilidad de normas internacionales a grupos armados no gubernamentales ha sido en algunos casos considerada en la óptica del Derecho de los Tratados —como extensión excepcional de la validez de un tratado (180)—. En virtud de otras interpretaciones, tal efecto se derivaría directamente de los principios de

---

(178) Informe del Representante del Secretario General para los Desplazados Internos, Doc. NU E/CN.4/Sub.2/1997/28, par. 16. Esta misma tendencia se muestra en algunos informes del Relator Especial sobre la Tortura (E/CN.4/1991/17), el Relator Especial sobre las Ejecuciones Sumarias y Arbitrarias (E/CN.4/1991/20 y Add. 1) e informes del Secretario General sobre las Normas Humanitarias Mínimas (E/CN.4/1998/87). Véase también la Resolución para luchar contra el terrorismo en la Unión Europea, aprobada el 13 de noviembre de 1996 por el Comité de Libertades Civiles y Asuntos Internos del Parlamento Europeo.

(179) RUIZ COLOMÉ, L.A., *Guerras civiles y guerras coloniales: el problema de la responsabilidad internacional*, Madrid, 1996. Véanse, asimismo, los artículos 14 y 15 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional.

(180) BOTHE, P., «Conflicts armés internes et Droit international humanitaire», *RGDIP*, 1978-1, pp. 82-102, pp. 92-93. Análogamente para PINTO, la obligatoriedad del art. 3 común para la parte insurgente se deriva de su propia pretensión de representar al Estado y ejercer competencias de Derecho público, lo que implica la obligación de respe-

civilización, humanidad y orden público internacional invocados en la cláusula Martens (181). Sin embargo, parece haberse prestado menor atención al *principio de efectividad* como fundamento jurídico de esa oponibilidad, si bien es claro que, aun a pesar de que los ámbitos materiales de aplicación del artículo 3 común y el Protocolo II difieren, en ambos casos *se exige de los grupos armados no gubernamentales un mínimo de organización y un cierto grado de acción o control sobre una parte del territorio*. El profesor RODLEY ha insistido recientemente en la importancia de estos factores, admitiendo una ampliación del concepto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en situaciones análogas:

«If we can identify an entity exercising powers analogous to those of governments, as, for example, in a civil war between two equally-matched contending parties, where the insurrectionary party exercises government-like authority over a portion of the population, there is no reason not to apply the notion of human rights to such an entity in its relation with those under its jurisdiction.

---

tar las obligaciones internacionales a cargo de aquél («Les règles du droit international concernant la guerre civile», *RCADI*, T. 114, 1965-I, pp. 451-553, p. 528). En el mismo sentido, para PICTET «[p]our peu que l'autorité responsable qui est à leur tête exerce une souveraineté effective, sa prétention même de représenter le pays, ou même une partie de celui-ci, la lie», *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, PICTET, J. (dir.), vol. IV, *cit.*, p. 42). El CICR ha esgrimido argumentos análogos en el proceso de elaboración del Protocolo adicional II (*Actas de la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados, Ginebra, 1974-1977*, vol. IX, CDDH/1/SR.58, p. 248, §21-24). Este organismo ha considerado incluso el problema en la perspectiva de los efectos derivados de los tratados para los particulares: «[...] les insurgés sont censés connaître l'article 3, et l'application des dispositions de cet article est obligatoire pour eux [...] En effet -et c'est là l'innovation révolutionnaire introduite dans cet article -ces dispositions doivent être appliquées par des autorités qui n'existaient pas au moment où l'État a confirmé, par la ratification ou l'adhésion, sa participation aux Conventions. Cette participation engage non seulement le gouvernement, mais tous les habitants de l'État intéressé» (*Protection des victimes des conflits non internationaux*, Rapport présenté par le CICR à la XXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge, reproducido en RICR, n.º 607, 1969, pp. 405-415, pp. 407-408).

(181) MEYROWYT., *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre*, Pedone, París, 1970, pp. 252-259; BUGNION, F., *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, *cit.*, pp. 380-385; MANGAS MARTIN, A., *Conflictos armados internos y Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, pp. 78-80. También WILHEM ha defendido esta postura al observar que «[L]es insurgés son tenus d'observer les règles de l'article 3, non pas en vertu de l'adhésion ou de la ratification du gouvernement établi, mais conformément au désir de la communauté internationale, dont ce gouvernement n'est que l'agent en l'occurrence -cas où le dédoublement fonctionnel [...] est particulièrement évident» («Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international», *cit.*, p. 368).

So, still, in terms of the historical conception of human rights as governing a particular type of relationship, we can further amend the definition to read as follows: *human rights are those rules that mediate the relationship between, on the one hand, governments or other entities exercising effective power analogous to that of governments and, on the other, those who are subject to that power*» (182).

Por lo demás, ciertas referencias incluidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, parecerían demasiado frágiles para construir sobre ellas una doctrina más general de la responsabilidad internacional de los particulares y los grupos no estatales en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (183).

En el estado actual de evolución del Derecho Internacional, las consecuencias jurídicas que para los particulares y los actores no estatales puedan derivarse de comportamientos lesivos de los derechos humanos aparecen esencialmente vinculadas a la categoría de los crímenes internacionales; y ello, respecto de diferentes conductas y con distintas connotaciones según nos situemos en el plano de la tipificación internacional, la cooperación penal interestatal, la jurisdicción universal o la jurisdicción internacional penal (184). Baste señalar, a este respecto, la extraordinaria evolución que en los últimos años han experimentado los mecanismos de la jurisdicción internacional penal para la represión de crímenes internacionales con la aprobación del Proyecto de Estatuto de un tribunal penal internacional por la Comisión de Derecho Internacional (185), el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (186) y Ruanda (187) y, especialmente, la adopción del Esta-

---

(182) RODLEY, N.G., «Can Armed Opposition Groups Violate Human Rights?», *Human Rights in the Twenty-first Century*, MAHONEY, K.E./MAHONEY, P. (eds.), Kluwer, The Netherlands, 1993, pp. 297-318, p. 300.

(183) *Ibid*, pp. 305-309.

(184) PIGRAU SOLÉ, A., «Elementos de Derecho Internacional Penal», Cursos de Derecho Intenacional de Vitoria-Gasteiz, Tecnos, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Madrid, 1998, pp. 127-176.

(185) Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 46.º período de sesiones (2 mayo-22 julio 1994), Doc. NU A/49/10.

(186) Resolución 827 (1993), de 25 de mayo de 1993, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

(187) Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

tuto de Roma para el establecimiento de una Corte Penal Internacional con carácter permanente en julio de 1998.

#### IV. LA CUESTIÓN DE LAS RESERVAS

**30.** El PFCDN, que regula con cierto detalle cuestiones tales como el procedimiento de enmienda (188) o el procedimiento y efectos de la denuncia no motivada (189), no incluye en cambio disposiciones expresas sobre una cuestión de evidente relevancia como es la facultad de los Estados de formular reservas.

El tema de las reservas fue planteado desde el primer momento por algunas delegaciones (190). Aunque existieron propuestas en las que se afirmaba inequívocamente que no se permitiría ninguna reserva (191), varios Estados —Estados Unidos, Cuba y Paquistán así como los observadores del Irán, Egipto y Grecia (192)— expresaron su oposición a esta fórmula y la consideraban contraria a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. Ante las discrepancias, se impuso la opción del silencio y se suprimió toda referencia a la cuestión de las reservas. Esta solución fue censurada con muy buen criterio por Estados que estimaban sorprendente que no se hubiese excluido la posibilidad de formular reservas a un instrumento de alcance limitado como el PFCDN y deseaban que no sentase un precedente deplorable para otros textos que se estaban preparando en el marco de las Naciones Unidas (193). Tal opinión fue compartida por el representante de Suecia, quien precisó que «esto implicaba que las normas y principios generales del derecho internacional público, es decir, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, eran aplicables al protocolo» (194).

---

(188) Artículo 12. También se consideró la inclusión de un artículo en el que se preveía la celebración de una conferencia de examen cinco años después de la entrada en vigor del protocolo a fin de examinar su aplicación y situación, pero fue retirada porque algunos participantes expresaron dudas con respecto a la inclusión de una cláusula de este tipo en un instrumento de derechos humanos y otras delegaciones opinaban que no había tiempo suficiente para examinar a fondo la propuesta (Artículo 11)

(189)

(190) E/CN.4/1995/96, par. 22.

(191) E/CN.4/1998/102, anexo II.

(192) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 22, par. 76-79.

(193) Véanse las declaraciones del representante de Dinamarca, E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 94.

(194) E/CN.4/2000/WG.13/CRP.1/Rev.1, p. 26, par. 97.

La observación del representante de Suecia hace, no obstante, surgir la polémica suscitada en Derecho Internacional contemporáneo sobre la aplicación y adecuación de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados —artículos 19 a 23— a los tratados multilaterales de carácter normativo; en particular, los instrumentos en materia de derechos humanos, que desbordan el principio de reciprocidad ya que no constituyen una simple red de intercambios de obligaciones entre los Estados sino que otorgan derechos a los individuos sometidos a su jurisdicción y crean por ello obligaciones que han sido calificadas como «objetivas». La mayor parte de los tratados de Derechos Humanos no incluyen disposiciones en materia de reservas o simplemente incorporan el principio establecido en el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de manera que en ambos casos resultarían admisibles las reservas compatibles con el objeto y el fin del tratado. Las deficiencias detectadas en la aplicación de este criterio son, sin embargo, múltiples. Así, la indeterminación de la noción de «objeto y fin del tratado», el relativismo y subjetivismo característicos de un sistema en el que cada Estado Parte hace su propia apreciación sobre la admisibilidad de la reserva y los efectos atribuidos a la misma cuando la objeta e, incluso, la duda sobre la aplicabilidad de las reglas del artículo 20 del Convenio de Viena —relativas a la aceptación u objeción de la reserva y sus efectos— al caso de aquellas reservas que un Estado Parte considera incompatibles con el objeto y fin del tratado (195).

Estas incertidumbres parecen haber incidido negativamente en la actitud de los Estados, dando lugar a una práctica internacional más bien escasa e inconsistente, ya que en términos generales han evitado formular objeciones y cuando lo han hecho no han especificado los motivos ni las consecuencias jurídicas que les atribuyen. Aun siendo conscientes de las imperfecciones propias del control unilateral, los Estados raramente se han mostrado dispuestos a prever en los instrumentos internacionales en mate-

---

(195) BARATTA, R., «Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?», *European Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 413-426; CHUECA SANCHO, A.G., *Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos*, Documentación Jurídica, Ministerio de Justicia, Tomo XIX, Abril-Junio 1992; GARDNER, J.P. (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1997; LIJNZAAD, L., *Reservations to UN-Human Rights Treaties. Ratify and Ruin?*, International Studies in Human Rights, TMC Asser Institut. SIMMA, B., «Reservations to human rights treaties - some recent developments», *Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldler*, HAFNER, G./LOIBL, A./REST, L./SUCHARIPA-BEHRMANN/ZEMANED, k. (eds.), Kluwer, Netherlands, 1998, pp. 659-697.

ria de derechos humanos un sistema colegiado de decisión sobre la admisibilidad de las reservas (196) o a reconocer la competencia de un tercero imparcial —un órgano jurisdiccional o arbitral— en la materia (197). Como consecuencia de ello, han adquirido gran relevancia en los últimos años los controles institucionales complementarios efectuados directamente por los órganos de vigilancia instituidos en virtud de los tratados, tanto en el ámbito regional como universal.

El fundamento de la competencia de los órganos de vigilancia en materia de Derechos Humanos para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y el fin del tratado puede obtenerse en parte de la teoría de las competencias implícitas, aunque —como ha observado la profesora HIGGINS— actualmente estos órganos están más bien sugiriendo elementos y procedimientos para un Derecho Internacional en evolución (198). Destaca, en tal sentido, la posición asumida por el Comité de Derechos Humanos en el *Comentario General 24* respecto de las reservas formuladas al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966— y sus Protocolos Facultativos:

«Por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y el fin del Pacto. Ello se debe en parte, tal como se indica anteriormente, a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones. A fin de conocer el alcance de su deber de examinar el cumplimiento del Pacto por un Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 o una comunicación presentada con arreglo al Primer Protocolo Facultativo, el Comité ha de adoptar necesariamente una opinión sobre la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto y con el Derecho Internacional general. Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la

---

(196) Artículo 20.2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Nueva York, 7 de marzo de 1966.

(197) Así, la competencia reconocida al Tribunal Europeo de Derechos del Hombre en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Al respecto, COHEN-JONATHAN, G., «Les reserves a la Convention europeenne des droits de l'homme (A propos de l'arret Belilos du 29 Avril 1988)», *Revue Générale de Droit International Public*, N.º 2, 1989, pp. 273-315.

(198) HIGGINS, R., «Introduction», *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out. Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, GARDNER, J.P. (ed), *cit.*, p. xix.

compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico, y el Comité está en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea» (199).

Por su parte, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) adoptó en 1997, en el contexto de los trabajos emprendidos sobre el tema de las reservas a los tratados, unas *conclusiones preliminares* en la materia (200). En ellas, defendió la unidad del régimen jurídico de las reservas, estimando que los artículos 19 a 23 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados son igualmente aplicables a las diferentes categorías de tratados. Asimismo, reconoció la competencia de los órganos de supervisión para hacer comentarios y dirigir recomendaciones a los Estados sobre la admisibilidad de las reservas, pero siempre dentro de los límites inherentes al ejercicio de sus funciones.

En el mismo sentido, la CDI observó en sus conclusiones preeliminares que, en caso de resultar inadmisibile una reserva, correspondería al Estado reservante decidir sobre la adopción de las medidas pertinentes, tales como la modificación o la retirada de la reserva o la ruptura del vínculo convencional. Precisamente, uno de los aspectos más frágiles y criticados del Comentario General 24 del Comité de Derechos Humanos fue su aparente pretensión de ejercer un control sobre la validez de las reservas, buscando una aproximación al sistema de Estrasburgo. Esta parece ser sin embargo, más exactamente, una simple tendencia promovida por el Comité de Derechos Humanos. Por ello, una vez conocidas las conclusiones preliminares de la CDI, comunicó a través de su Presidente la opinión de que la premisa sentada con respecto a las facultades del Estado reservante para determinar las consecuencias atribuibles a una reserva incompatible con el objeto y el fin del tratado, podía verse modificada en la medida en que las prácticas y reglas desarrolladas por los órganos de vigilancia de los trata-

---

(199) Observación General 24 (52) del Comité de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1994, sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o de sus Protocolos Facultativos, o a la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, párrafo 18. Al respecto del Comentario General 24 y las reacciones de aquellos Estados –Estados Unidos, Francia y Reino Unido– que presentaron observaciones escritas, véase REDGWELL, C.J., «Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment N.º 24 (52)», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, 1997, pp. 370 y ss; SALADO OSUNA, A., «Estudio sobre el Comentario General Número 24 del Comité de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Internacional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Vol. XIV, 1998, pp. 589-633.

(200) Official Records of the General Assembly, Fifty-second Session, Supplement N.º 10, A/52/10, par. 157.

dos, tanto universales como regionales, llegaran a ser generalmente aceptadas (201). Ciertamente, en una perspectiva de *lege ferenda*, sería importante que la CDI pudiera en el futuro a ofrecer su respaldo a un desarrollo progresivo del Derecho Internacional en la materia en la dirección ya apuntada por los órganos de vigilancia de los tratados (202).

Teniendo en cuenta la función que le atribuye el PFCDN y la posición que éste adopta en materia de reservas, cabe advertir que la política del Comité de los Derechos del Niño sobre las reservas ha sido calificada de conciliadora (203). Como cuestión de principio, el Comité ha estimado que es preciso preservar el espíritu de comprensión y de consenso que emana de la propia Convención de los Derechos del Niño y no considerar la cuestión de las reservas y declaraciones como un factor de división que sería contrario a dicho espíritu (204). En tal sentido, realiza valoraciones sobre la compatibilidad de las reservas con el objeto y fin de la Convención sobre los Derechos del Niño —insistiendo siempre en la interdependencia de estos derechos y el enfoque holístico que es propio de la Convención— y ha formulado recomendaciones a los Estados interesados para que reconsideren su posición y, eventualmente, las retiren.

Más concretamente, teniendo en cuenta el contenido de las reservas al PFCDN formuladas hasta el momento, cabe anticipar que la reserva del Reino Unido (205) es mercedora de una condena del Comité de los Dere-

---

(201) PELLET, A., *Tercer informe sobre las reservas a los tratados*, Doc. NU A/CN.4/491, par. 16.

(202) SIMMA, B., «Reservations to human rights treaties-some recent developments», *cit.*, pp. 679-680.

(203) LÜBER-BABEL, M-F., «Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du fin du traité international», *European Journal of International Law*, Vo. 8, N.º 4, 1997, pp. 64-683; SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *Human Rights Quarterly*, N.º 2, 1996, pp. 470-491.

(204) *Informe del Comité de los Derechos del Niño*, AGNU, Doc UN A/49/41, 1994, par. 529.

(205) Su tenor literal es el siguiente:

«The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland will take all feasible measures to ensure that members of its armed forces who have not attained the age of 18 years do not take a direct part in hostilities.

The United Kingdom understands that article 1 of the Optional Protocol would not exclude the deployment of members of its armed forces under the age of 18 to take a direct part in hostilities where:

- a) there is a genuine military need to deploy their unit or ship to an area in which hostilities are taking place; and
- b) by reason of the nature and urgency of the situation:-
  - i) it is not practicable to withdraw such persons before deployment; or
  - ii) to do so would undermine the operational effectiveness of their ship or unit, and thereby put at risk the successful completion of the military mission and-or the safety of other personnel.»

chos del Niño, pues pertenece a esa categoría de reservas que simplemente hacen surgir las dudas sobre la voluntad real del Estado contratante de observar las obligaciones derivadas del tratado al que formalmente presta su consentimiento. En realidad, ratificar el PFCDN con este tipo de reserva sería prácticamente lo mismo que ratificarlo para invocar luego la vieja doctrina alemana de la *kriegsraison*, en virtud de la cual, las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario presentarían un carácter más bien moral y cederían frente a apreciaciones discrecionales y subjetivas de la necesidad militar (206).

## V. CONCLUSIONES

**31.** El proceso de elaboración del PFCDN se puso en marcha en el año 1994, en un momento en el que varias normas internacionales en vigor enunciaban prohibiciones limitadas y específicas sobre el reclutamiento y la participación de niños en hostilidades. Presentándose en tal contexto el PFCDN como un instrumento facultativo, destinado a promover el desarrollo progresivo del Derecho Internacional en la materia y hacer posible la adopción de normas más elevadas, *estaban perfectamente justificadas las expectativas sobre el enunciado de una prohibición clara y firme del reclutamiento y la participación en las hostilidades de los menores de 18 años de edad, como la que figuraba en el anteproyecto presentado por el Comité de los Derechos del Niño, que consagrarse la distinción fundamental entre niños y adultos.*

**32.** Sin embargo, la prohibición del reclutamiento y la participación en hostilidades de los menores de 18 años sólo aparece enunciada en el marco de las obligaciones impuestas por el PFCDN a los grupos rebeldes u otras formaciones armadas irregulares. De esta manera, *el PFCDN consagra una posición privilegiada para los Gobiernos y hace surgir las dudas sobre la compatibilidad de las soluciones arbitradas en él con el principio de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación, ya que en situaciones de conflicto armado sin carácter internacional van a regir para los niños de una misma edad dos estándares diferentes de protección internacional.*

**33.** La restricción de las obligaciones asumidas por los Estados Partes en el PFCDN a la prohibición del reclutamiento *obligatorio* y la participa-

---

(206) WESTLAKE, J., *International Law*, Part II, Cambridge University Press, Cambridge, 1907, p. 115.

ción *directa* en las hostilidades de los menores de 18 años de edad incita a que se considere la adopción de este instrumento como una medida, hasta cierto punto, superflua. *El contenido del compromiso que han asumido los Estados Partes en el PFCND es meramente el de garantizar un umbral mínimo de 16 años para el reclutamiento voluntario y la participación indirecta en las hostilidades —frente al umbral de los 15 años que ya figuraba en los Protocolos I y II a los Convenios de Ginebra de 1949 y la Convención sobre los Derechos del Niño— y un régimen de garantías para el reclutamiento voluntario que se presume más ilusorio que efectivo cuando se piensa en las situaciones excepcionales más propicias a la utilización de niños como soldados.*

**34.** Asimismo, *cabe advertir una laguna importante en el PFCND en la medida en que no se ocupa del estatuto y las garantías para los niños que, tras haber participado directa o indirectamente en las hostilidades contraviniendo lo dispuesto en este instrumento, o incluso habiendo participado indirecta y voluntariamente con arreglo a sus disposiciones, sean capturados y queden en cualquier forma privados de libertad por tales motivos.* También sobre este punto hubiera sido loable que se emprendiese algún intento de codificación y desarrollo progresivo, teniendo en cuenta las garantías que ya constan en el Derecho Internacional Humanitario.

Es cierto, no obstante, que al proclamar la obligación de los Estados Partes de proporcionar a los niños que hayan sido reclutados o utilizados en hostilidades en contravención de sus disposiciones toda la asistencia conveniente para su recuperación física y psicológica y su reintegración social, *el PFCND reconoce implícitamente su condición de víctimas, quedando deslegitimadas cualesquiera medidas que no respondan al interés superior del niño, especialmente las privaciones de libertad que encunbran el propósito de los Gobiernos de sancionarles.* Para contrarrestar el riesgo de abusos, el Comité de los Derechos del Niño podría llevar a cabo en el futuro un seguimiento efectivo de las medidas nacionales programadas para la reinserción social de los niños desmovilizados, demandando si es preciso informaciones adicionales de los Gobiernos.

**35.** Aunque como se ha observado su texto presenta lagunas y limitaciones, la entrada en vigor del PFCND es un hecho importante, principalmente con el fin de que el Comité de los Derechos del Niño cuente con un soporte jurídico adicional al que ya le ofrece el artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño para ejercer las funciones de control y de promoción de principios más favorables para el niño que le han sido encomendadas, teniendo en cuenta las experiencias de los niños soldados. Puesto que la aspiración supuestamente materializada en el PFCND ha

quedado inconclusa, la labor de promoción seguirá siendo en los próximos años una tarea fundamental para este Comité, así como para los organismos y agencias de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales regionales y organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia.

## EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA. UNA APROXIMACIÓN A SU CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL

Lorenzo Marroig Pol  
*Comandante Auditor*

### *SUMARIO*

I. Introducción. II. El objeto y las funciones del Centro Nacional de Inteligencia como factores justificadores de su creación. III. Perfiles y parámetros de la configuración institucional del Centro Nacional de Inteligencia. IV Los principios jurídicos de actuación del Centro Nacional de Inteligencia: 1. El principio de legalidad. 2. Los principios de eficacia y coordinación. V. El régimen jurídico del Centro Nacional de Inteligencia: 1. Régimen patrimonial. 2. Régimen de contratación. 3. Régimen de Financiación. 4. Régimen presupuestario, de contabilidad y control financiero. 5. Régimen de personal. VI. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo español se ha distinguido, en el plano institucional y en los últimos tiempos, por una marcada tendencia a «la adopción de nuevos modelos organizativos acordes con la misión a cumplir y la tutela de los intereses en presencia» y, en consecuencia, hacia «un tipo de estructura organizativa» que posee un «fuerte grado de independencia respecto de las instancias políticas y burocráticas» (1).

---

(1) Malaret, E., La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional), REDA, núm. 76, Octubre-Diciembre 1.999, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

El fenómeno de descentralización funcional se está caracterizando actualmente por la creación de Entes administrativos especializados en las áreas o materias que les son encomendadas. Circunstancia que ha dado lugar a lo que, de manera muy expresiva, se han denominado organismos autónomos «apátridas» (2), cuyo régimen jurídico está fundado en el «*ius singulare*» o «*ius propium*» de cada ente, por el que se exceptúan determinados aspectos de la aplicación del régimen general que se encuentra previsto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Como reconoce la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, pese al intento de lograr una ordenación del panorama de las personas jurídicas públicas, dicha Ley se ha limitado a otorgar al fenómeno de la descentralización funcional de las Entidades administrativas de la aludida Disposición adicional un simple soporte legal o «etiqueta» bajo la que se engloba, como se apuntó por la doctrina científica incluso respecto de la legislación anterior a la Ley 6/1997, «un auténtico universo de personas jurídicas públicas (entidades instrumentales) de muy variada naturaleza, sometidas a diversos regímenes jurídicos y cuyo denominador común no resulta fácil de determinar» (3), que carecen, incluso, de una terminología dogmática plenamente consolidada, toda vez que esta cierta «independencia» funcional, hace que «el concepto de organización independiente» englobe «tanto a las llamadas Autoridades Administrativas Independientes como a los Entes Neutrales de Gestión, naturalmente en razón de las funciones que tienen encomendadas». Se reservaría, así, «el término de Autoridades Administrativas Independientes para los entes que tienen encomendadas funciones de ordenación y regulación, mientras que para los entes de gestión de servicios puede parecer más conveniente la denominación de Entes Neutrales de Gestión», que si bien poseen «una personalidad jurídica propia y una cierta «independencia» funcional», carecen, «de funciones de ordenación y regulación» (4). Estas dos categorías, con todo, poseen un mismo punto de partida, la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

---

(2) Jiménez de Cisneros Cid, F.J., Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública. Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), p. 399.

(3) Garrido Falla, F., Origen y Evolución de las Entidades instrumentales, Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 29.

(4) García Llovet, E., Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho, RAP, núm. 131, p. 65.

En esta tendencia, que ha sido objeto de una amplia polémica en torno a su posición constitucional (5), subyace, no tanto el propósito del legislador de crear unas Entidades administrativas que tengan el «propósito eludir, en aras de una eficacia nunca acreditada, las sujeciones propias del Derecho Administrativo general y aun el Derecho Público pura y simplemente, sino, más bien, una voluntad consciente de limitar la, en otro caso, incondicionada disponibilidad de los mismos –y de las funciones que en cada caso se les confía- por parte del Gobierno de turno, esto es, de «neutralizar» políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista» (6). En definitiva, se trata, mediante la creación de organismos públicos con «un ámbito de independencia» (7), de lograr que «ciertos organismos públicos que por su peculiar finalidad y especiales condiciones e influencia sobre la sociedad deben ser apartados del juego político para garantizar una cierta estabilidad y neutralidad» (8).

El objetivo fundamental no es otro, así pues, que «neutralizar» políticamente «el ejercicio de determinadas funciones públicas que por su especial entidad y, desde otro punto de vista, su especificidad, no deben quedar supeditadas a los intereses partidistas: así pues, la especialidad de sus funciones es la que justificaría la intensificación de la autonomía de gestión este órgano, que no su «independencia» absoluta del Gobierno y de las Cortes, como, por otra parte, no sería nunca posible en un Estado de Derecho» (9).

Esa «neutralización» se ha conseguido, como señala la doctrina científica, «añadiendo al reconocimiento legal de una personalidad jurídica propia la garantía formal de una autonomía efectiva de desenvolvimiento en el espacio funcional que la Ley de creación asigna a estos organismos, garantía que básicamente se instrumenta en el plano orgánico, bien reser-

---

(5) Problemática exhaustivamente analizada por Ramallo Lombarte, A., *La constitucionalidad de las Administraciones independientes*, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), Madrid, 2002.

(6) García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2000, p. 426.

(7) Sala Arquer, J.M., *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*. REDA, núm. 42, Abril-Junio 1984, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

(8) Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*. Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, p. 414.

(9) Carlón Ruiz, M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, REDA, núm. 102, Abril-Junio 1999, Civitas, Madrid, p. 235.

vando a las propias Cámaras el nombramiento de los miembros de sus órganos rectores, bien negando al Gobierno que nombre libremente a éstos la facultad de revocar incondicionadamente durante el período de mandato (tres, cuatro o más años) que la propia Ley establece», o asegurando un «ministerialfreien Raums, unos espacios libres de control gubernamental y una cierta «independencia» funcional» (10), que, no obstante, no puede interpretarse como una ausencia de controles en la actuación de estas Entidades administrativas. Como se ha venido señalando, controles e «independencia» o «autonomía» funcional no son principios alternativos (11).

También como se ha destacado por la doctrina respecto de las «Autoridades Administrativas Independientes», aun cuando sus consideraciones, en este punto, pueden trasladarse al conjunto de Entidades administrativas que estamos analizando, las mismas «forman parte del ejecutivo; no constituyen —pese a algunos intentos doctrinales aislados de configurarlas como un «cuarto poder»— «poderes», ni siquiera órganos constitucionales. Por el contrario, se trata, ..., de una «independencia relativa», en la que los lazos con el Gobierno y el Parlamento no están rotos...»; por ello, la posición jurídica de estas Entidades administrativas «va a quedar, pues definida, por una tensión entre principios favorecedores de su inmunidad frente al control y dirección del gobierno, y en principio destinados a salvaguardar la unidad de acción del Estado. De ahí que el resultado de esa tensión consista siempre en una solución de compromiso: no todos los medios de control son legítimos; tan sólo cabe una «influencia limitada». El problema reside entonces en determinar hasta dónde puede llegar esa influencia gubernamental, sin desnaturalizar el carácter propio de estos organismos, y en fijar cuáles puedan ser las legítimas garantías de su independencia» (12), o de su «autonomía funcional».

---

(10) García de Enterría, E., Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Civitas, Madrid, 2000, p. 426-427.

(11) En este sentido, Sidoti, F., I Servizi di informazione e di sicurezza: prospettive per una cultura al servizio del Paese, *Rivista di intelligence e di cultural professionale*, n.º 2, maggio-agosto 1995, SISDE Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Democratica, que ha venido a señalar, respecto de los servicios de información italianos, cómo «la Ley fundamental 24 de octubre 1977 n.º 801, introducía contemporáneamente tanto el principio de control (a través del Comité Parlamentario y a través de la atribución de la responsabilidad de la actividad informativa al Presidente del Consejo de Ministros) como el principio de autonomía (a través de la desvinculación del personal de los servicios de la dependencia jerárquica respecto a las estructuras de procedencia».

(12) Sala Arquer, J.M., *El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes*. REDA, núm. 42, Abril-Junio 1984, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

Se trata, por consiguiente, de que la tensión que puede producirse «entre el poder político y el poder burocrático, es decir, el poder legitimado por el sistema de gobierno existente y el poder inmanente a la institución administrativa» se resuelva «asegurando, por una parte, la supremacía del Gobierno sobre la Administración», que postula el artículo 97 de la Constitución, «y, de otra, precisamente como paradójica contrapartida, la no injerencia política en determinadas zonas administrativas». De tal forma que «cabría decir que lo que debe conseguirse simultáneamente es un sistema de neutralidad política de la Administración y asimismo de neutralidad administrativa del Gobierno» (13). Y todo ello sin perjuicio del debido control de las Cortes Generales, conforme el artículo 66 de la Constitución Española.

Estas reflexiones son de plena utilidad para el conjunto de Entidades administrativas en régimen de descentralización funcional agrupadas bajo la denominación genérica de «Organismos públicos», respecto de las cuales la Ley 6/1997, de 14 de abril, en el artículo 41, establece que «son Organismos públicos los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades previstas en el apartado 3 del artículo 2.º (esto es, actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado), cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional».

Ello sin perjuicio de que la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, disponga, por un lado, que «los organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los organismos públicos que, en cada caso, resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada organismo» (apartado 2.º), y, por otro lado, que «en todo caso, los organismos públicos referidos en los apartados 1 y 2 de esta disposición adicional estarán sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación» (apartado 3.º).

---

(13) Garrido Falla, F., Constitución y Administración. REDA, núm. 20, Enero-Marzo 1979, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

En el marco de estas coordenadas hay que situar la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, que basándose en una visión global de la regulación de los servicios de información, está llamada a desempeñar un papel fundamental en su adecuado desenvolvimiento, y, especialmente, el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), sucesor del Centro Superior de la Información de la Defensa (CESID) conforme la Disposición adicional segunda de la mencionada Ley 11/2002, en su condición de «Organismo público» de la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, según el artículo 7.2 y, fundamentalmente, la Disposición adicional primera de la Ley 11/2002.

La finalidad del trabajo es el análisis del estatus institucional del CNI, para así conocer la importancia del papel que dicha Entidad administrativa está llamada a desempeñar, perfilando los siguientes extremos:

- a) El objeto y las funciones del CNI como elementos justificadores de su creación;
- b) Los parámetros fundamentales de su configuración institucional;
- c) Los principios a los que el CNI se somete en su actuación; y, finalmente,
- d) Las peculiaridades del régimen jurídico aplicable.

## II. EL OBJETO Y LAS FUNCIONES DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA COMO FACTORES JUSTIFICADORES DE SU CREACIÓN

El objeto del CNI y las funciones que legalmente se le encomiendan, como sucede en otros casos de «Organismo público» que deben verse contemplados al amparo de lo dispuesto en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril (14), son la «clave» para evaluar la oportunidad de su creación.

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, establece, de manera expresa y concluyente, que «la principal misión del Centro Nacional de Inteligencia será la de proporcionar al Gobierno la información e inteligencia necesarias para prevenir y evitar cualquier riesgo o amenaza que afecte a la independencia e integridad de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones», considerados como bienes y valores de carácter constitucional objeto de protección.

---

(14) Carlón Ruiz, M., La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, REDA, núm. 102, Abril-Junio 1999, Civitas Madrid, p. 235.

De ahí que la Ley 11/2002, de 6 de mayo, arranque, en su artículo 1, estableciendo lo siguiente:

«El Centro Nacional de Inteligencia es el Organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones».

Del tenor literal del artículo 1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, resulta posible destacar, como hizo el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de octubre de 2.001, que la responsabilidad que recae sobre el CNI en relación al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación, con independencia de seguir adscrito al Ministerio de Defensa, es la de facilitar informaciones, análisis, estudios o propuestas que afectan no tan solo a «las necesidades e intereses de la Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas», como pudiera ser, fundamentalmente, la independencia o integridad territorial de España, sino, también a todo lo que atañe a «los intereses nacionales y a la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones», en perfecta correspondencia con un concepto moderno de la «Defensa Nacional» (15), que se encuentra plasmado, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, define la «Defensa Nacional» como «la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin», al tiempo que se le asigna como finalidad «garantizar de modo permanente la unidad, la soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución», de lo cual se desprende la actual consideración de la «Seguridad Nacional» como promoción y protección de los intereses nacionales, entendidos como el conjunto de los valores y condiciones materiales que hacen posible el progreso social, económico y político de una comunidad nacional y de las entidades supranacionales de las que forma parte el Estado, participando en la protección y promoción de

---

(15) Véanse, en este sentido, las consideraciones de Suárez Pertierra, G., en el prólogo a la edición de Legislación sobre la Defensa nacional, Editorial Técnos, Madrid, 1988, pp. 13 y siguientes.

los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, entendidos no como intereses particulares o sectoriales, sino como intereses generales comunes a toda la sociedad española, haciendo de este modo presente, una vez más, el viejo adagio que dice: «gouverner c'est prévoir» («gobernar es prevenir»), y con el que se ha querido subrayar que una de las principales funciones de gobernar es «prevenir» (16).

En este sentido, para el cumplimiento de los objetivos asignados, conforme lo prevenido en el artículo 4, fundamentalmente en las letras a) y b), de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, el CNI procederá, por un lado, a «obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional»; y, por otro lado, será el citado Organismo público el encargado de «prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población».

En consecuencia, el CNI, al igual que sucede con el resto de los servicios de inteligencia, debe proceder a «la recopilación de elementos concretos de valoración en el campo de la seguridad de las instituciones y la predisposición de análisis... precisos y exactos sobre distintos perfiles de la amenaza, capaces de permitir la adopción de decisiones concretas en materia de asuntos internos e internacionales», operando «a través de la observación y la interpretación de todos aquellos fenómenos sociales, económicos y geopolíticos, susceptibles de incidir sobre el desarrollo ordenado de la comunidad nacional y sobre la propia estabilidad del Estado» asumiendo «un carácter no sólo de prevención general», sino además, como componente esencial, la formulación de propuestas «de apoyo en el ámbito del proceso de toma de decisiones de la actividad del gobierno», lo cual significa ir más allá de proporcionar de «la notificación simple y desnuda de la verificación de un hecho –de la que cualquiera puede tener conocimiento en tiempo real gracias a la «globalización» de la información de la

---

(16) Berardino, F., *Modalità e strumenti dell'attività di informazione e sicurezza tra legittimità ed illegalità: la problematica delle garanzie funzionali*, Rivista di intelligence e di cultural professionale, n.º 9, settembre-dicembre 1997, SISDE Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Democratica, <http://www.sisde.it/Rivista9.nsf/ServNavig/5>.

prensa», introduciendo «puntos» de «análisis y valoración sobre las posibles causas, las áreas ideológicas interesadas y la eventual y presumible evolución de la situación» (17).

Estas operaciones de análisis y valoración de la información estarán dirigidas, en un futuro inmediato y siguiendo las nuevas políticas de inteligencia occidentales, a las siguientes áreas de actuación del CNI:

— Por un lado, la denominada inteligencia criminal, esto es, «la delincuencia internacional organizada en sus diferentes variantes, grupos terroristas, redes de narcotráfico, organizaciones dedicadas a la inmigración ilegal, al tráfico de armas, al contrabando en gran escala», que exige no «únicamente una acción policial», sino, «antes que nada, una labor de inteligencia que permita conocer, entre otros muchos factores, la dimensión de las organizaciones, sus ramificaciones de todo tipo, los verdaderos responsables, sus conexiones internacionales, el grado de penetración logrado en diferentes organizaciones y en el propio Estado, su entramado financiero».

— Por otro lado, la denominada inteligencia económica, es decir, «la obtención de aquella información que resulte necesaria para la defensa de los intereses económicos del Estado».

— Sin olvidar el área de la inteligencia militar, que evidentemente continúa «siendo un componente importante del conjunto de la política de inteligencia de un país» (18).

La importancia y la propia caracterización sectorial del objeto y de las funciones justifican:

1. Que el CNI encuentra la necesaria justificación constitucional para su creación en las funciones encomendadas, en cuanto persigue, en los términos expuestos, la protección del orden constitucional, y ello pese a no tener el respaldo de la llamada «garantía constitucional», esto es, una expresa referencia en el propio texto de la Constitución, a diferencia lo que sucede, por ej., con el *Verfassungsschutz*, el Servicio de Protección de la Constitución alemán, expresamente aludido en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, «en sus artículos 73.10 y 87, donde por cierto se prevé su regulación mediante Ley federal» (19).

---

(17) Berardino, F., *Modalità e strumenti dell'attività di informazione e sicurezza tra legittimità ed illegalità: la problematica delle garanzie funzionali*, Rivista di intelligence e di cultura professionale, n.º 9, settembre-dicembre 1997, SISDE Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Democratica, <http://www.sisde.it/Rivista9.nsf/ServNavig/5>.

(18) La reforma de la comunidad de inteligencia en España, 12 de noviembre de 1999.

(19) González-Varas Ibáñez, S., *El CESID, La Ley*, Año XXII, Número 5300, de 3 de mayo de 2001.

Esto es así en tanto en cuanto que, visto lo expuesto y como ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, «la seguridad nacional y la defensa son intereses dignos de protección en un Estado democrático aunque carezcan de reconocimiento expreso a nivel constitucional, en cuanto resultan necesarios para salvaguardar la propia existencia del Estado de derecho y de las libertades públicas a él inherentes» (20).

2. Que la propia caracterización sectorial del objeto de sus funciones determina la necesidad de dotar al CNI de la suficiente autonomía para ejercerlas convenientemente, mediante su configuración como «Organismo público» con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, al amparo de lo dispuesto en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997. Circunstancia que, a su vez, condiciona de una manera sustancial, como iremos viendo, el régimen jurídico al que se encuentra sometido, según las previsiones de la Ley 11/2002, y que deberá irse recogiendo en las disposiciones de desarrollo.

El hecho de que la regulación del CNI sea aprobada con una norma con rango de Ley, a diferencia de lo que sucedía con el CESID, que se encontraba regulado en «una nutrida y dispersa regulación reglamentaria» (21), responde a la necesidad, puesta de relieve por el Consejo de Estado, en Dictamen de 25 de octubre de 2.001, relativo al anteproyecto de ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, de que sea mediante Ley como se «defina la naturaleza, objetivos y funciones del Centro y establezca los aspectos sustanciales de su organización y régimen jurídico, de modo que pueda insertarse plenamente en el Estado de Derecho que define la Constitución, y, en concreto, por la exigencia que aparece contenida en el artículo 61.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en orden a que la creación de los «organismos públicos» sea efectuada mediante Ley, configurándolo como un «organismo público, con autonomía funcional y personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de los comprendidos en la Disposición adicional décima de la referida Ley 6/1997, de 14 de abril, y todo ello con independencia de que ciertos «aspectos del régimen jurídico del Centro» exijan «una regulación por Ley orgánica», la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, a la que se remite el artículo 12 de la Ley

---

(20) Lozano, B., El control judicial de los secretos de Estado: Las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID, REDA, núm. 94, Abril-Junio 1997, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid. Este trabajo fue recogido posteriormente en la obra La desclasificación de los secretos de Estado, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, pp. 171 y ss.

(21) González-Varas Ibáñez, S., El CESID, La Ley, Año XXII, Número 5300, de 3 de mayo de 2.001.

11/2002, de 6 de mayo, en la que se establecen «determinados controles judiciales con carácter preventivo en forma de autorizaciones judiciales exigibles para la adopción de aquellas medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro».

### III. PERFILES Y PARÁMETROS DE LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La decisión del legislador de configurar el CNI bajo la forma de «Organismo público» de la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, tal y como establece la Disposición adicional primera de la Ley 11/2002, no se corresponde tanto a una decisión política coyuntural, ni a un peligroso afán de mimetismo, pese a que, como dice la Exposición de Motivos de esta última Ley, se inspira «en el modelo de los países de nuestro entorno político y cultural», sino fundamentalmente con la intención de «dotar a los servicios de inteligencia de los instrumentos precisos para que puedan cumplir los objetivos que les asignen las disposiciones legales y reglamentarias», para cuyo logro, «es preciso una capacidad y una eficiencia plenas, tanto bajo el perfil humano como técnico, conjugando ambos factores en un modelo estructural que permita asegurar la agilidad organizativa y operativa, la eficacia y la economía de gestión» (22).

De otro lado, la configuración como «Organismo público» ha supuesto grandes novedades en el régimen jurídico del servicio de inteligencia español, desde el momento en que el CNI goza de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar (artículo 7.2 de la Ley 11/2002), sin perjuicio de seguir manteniendo, entre tanto, su adscripción al Ministerio de Defensa (artículo 7.1 de la Ley 11/2002), la cual, no obstante, puede verse alterada en un futuro (en virtud de la habilitación de adscripción orgánica contenida en la Disposición adicional tercera de la Ley 11/2002, mediante la que «se autoriza al Presidente del Gobierno para modificar, por Real

---

(22) Berardino, F., *Modalità e strumenti dell'attività di informazione e sicurezza tra legittimità ed illegalità: la problematica delle garanzie funzionali*, Rivista di intelligence e di cultura professionale, n.º 9, settembre-dicembre 1997, SISDE Servizio per le Informazioni e la Sicurezza Democratica, <http://www.sisde.it/Rivista9.nsf/ServNavig/5>.

Decreto, la adscripción orgánica del Centro Nacional de Inteligencia, prevista en el artículo 7.1 de esta Ley. El Departamento al que se adscriba el Centro ejercerá las competencias que, en relación con el mismo, atribuye esta Ley al Ministerio de Defensa y a su titular»).

De lo anteriormente expuesto, es posible destacar dos notas fundamentales:

1. EL CNI GOZA DE PERSONALIDAD JURÍDICA PROPIA  
(ARTÍCULO 7.2 DE LA LEY 11/2002)

La personalidad jurídica propia que, conforme lo dispuesto en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, tiene reconocida el CNI dota a esta Entidad administrativa de lo que doctrinal y jurisprudencialmente se ha denominado «escala de personalidad» (23), y, a su vez, de una escala «escala de autonomía» (24).

---

(23) Tema que fue recogido en el F.J. 3.º de la STS de 29 de marzo de 1.988, en el que se dice, entre otras cosas, que «será de recordar que la gran extensión y diversidad de los fines que persigue la Administración Pública ha dado lugar a una importante peculiaridad del Derecho Administrativo: la variabilidad del contenido de muchas de sus instituciones jurídicas fundamentales —«escala de la demanialidad», «escala de la contractualidad», etc.— y en esta línea últimamente ha aparecido la expresión «escala de personalidad». Por tal motivo, añade la referida sentencia, «si en el Derecho privado el concepto de la persona jurídica se formula teniendo presente el de la persona física, en el campo del derecho administrativo aquel concepto se figura enfrentándolo con el de órgano», determinante que, «entre la subjetividad orgánica y la personalidad jurídica plena», aparezcan «unas figuras intermedias integradas por centros, servicios u organismos que se «personifican» es decir que aparecen dotados con una personalidad instrumental cuyas características no son las del ente fundamental del que dependen».

No obstante, como señala Díaz Capmay, F., Los organismos autónomos de la Administración Local, REDA, núm. 88, Octubre-Diciembre 1995, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid, se «dibuja perfectamente el panorama actual de disolución de la persona jurídica», motivo por el que trae a colación, en este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1.986, en la que se puso de relieve cómo «en último término, la personificación es sólo una alternativa organizatoria que ni siquiera es suficientemente identificadora. No hay, en efecto, en el ordenamiento español una regulación de la persona jurídica en virtud de la cual baste con invocar este sintagma para que sepamos qué régimen jurídico hay que aplicar. Este se articula para cada caso, de manera que más que de persona jurídica cabe hablar —en plural— de personas jurídicas, y el régimen jurídico de la personalidad es gradual, de manera que incluso organizaciones formalmente no personificadas ostentan en la práctica atributos de que carecen otras organizaciones que sí tienen personalidad».

(24) Villar Palasí, J.L., Tipología y derecho estatutario de las entidades instrumentales. Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 157.

No en vano, tradicionalmente se ha venido poniendo de relieve que «la causa fundamental que ha impulsado al Estado a crear estos organismos, dotados de personalidad jurídica pública», está «en buscar las ventajas al amparo de un estatuto jurídico especial que les permitiese evadirse de la lentitud e inflexibilidad del Derecho Administrativo general. La personalidad jurídica funciona aquí precisamente como centro de creación de un estatuto que se aplica con carácter singular y que hace excepción al Derecho Administrativo general que se aplica a la Administración Pública. Si la única peculiaridad de estos entes consistiese en dotarlos de una hacienda especial, esto sería insuficiente para escapar al Derecho Administrativo general, así es que la utilización del concepto de persona jurídica lo que permite a estos organismos y, paradójicamente, al propio Estado, puesto que estos organismos son parte constitutiva del Estado, huir del Derecho Administrativo del Estado» (25,26). Circunstancia que, pese a encontrar apoyo legal en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, se convierte en extraordinariamente relevante desde el mismo momento en que contradice «la pretensión racionalizadora y homogeneizadora de la Administración instrumental que legitimó la aprobación de esta Ley» [6/1997] (27).

El reconocimiento de que el CNI posee una personalidad jurídica propia, en su condición de «Organismo público» de la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, permite la aplicación de un derecho singular y específico de carácter estatutario, que, a su vez, posibilita que la actuación de este Ente administrativo, en determinados aspectos, pueda situarse al margen de la regulación del Derecho Administrativo general.

Este reconocimiento legal integra una de las más notables innovaciones de la Ley 11/2002, en contraste con el régimen jurídico del CESID, que carecía de personalidad jurídica y que era un órgano dentro de la estructura general del Ministerio de Defensa, como observó el Dictamen del Consejo de Estado, de 25 de octubre de 2.001, relativo al anteproyecto de Ley reguladora del Centro Nacional de Inteligencia.

---

(25) Garrido Falla, F., Origen y evolución de las Entidades Instrumentales. Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 38-39.

(26) En este mismo sentido, Lafuente Benaches, M., Las nociones de administración pública y personalidad jurídica. Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. II, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pie de página número 29, p. 963, siguiendo las tesis de Clavero Arévalo, M., en su trabajo Las nociones de Administración pública y personalidad jurídica.

(27) Jiménez de Cisneros Cid, F.J., Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública. Documentación Administrativa, núms. 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), p. 414.

Esta atribución de personalidad jurídica propia, siguiendo la doctrina, supone el reconocimiento del CNI como «individualidad», en su configuración como «centro de imputación» de relaciones y posiciones jurídicas. Circunstancia que «se traduce, por fuerza, en una mayor o menor capacidad de autodeterminación y de autogestión del ente en la esfera de sus intereses» (28) respecto de la «acción administrativa» encomendada. Es decir, «un conjunto de medios al servicio de un fin concreto», a consecuencia del «reconocimiento de unos intereses legítimos objeto de tutela por el ordenamiento jurídico» (29) hace que sea posible demandar una flexibilidad en el régimen jurídico aplicable, lo que ha dado lugar a «un híbrido entre el Derecho público y el Derecho privado que presenta en muchas ocasiones características bastante extrañas», y que «puede significar en ocasiones una mayor agilidad en la gestión que realizan las autoridades, pero es inevitable verlo también desde la preocupación por la garantía» (30).

Por lo tanto, el reconocimiento al CNI de una personalidad jurídica propia, de carácter instrumental, fruto de la descentralización funcional de la que deriva, le otorga el «rango de sujeto de derecho», lo que lleva consigo «la posibilidad de titularidades activas y pasivas y medios personales y reales propios, distintos de los que se imputan o pertenecen a las demás Administraciones públicas», así como «una responsabilidad peculiar ante sus propios componentes, ante el Derecho y ante el Estado» (31).

Y, al igual que sucede en otros casos similares, «constituye la garantía de la autonomía funcional...», es una condición esencial de la “realidad” de la autonomía...», o, al menos, de cierto grado de autonomía, la cual «no es tanto la consecuencia como una de las condiciones que garantizan la efectividad del cumplimiento de la tarea encomendada. Evidentemente, siempre que la personificación vaya acompañada de los correspondientes recursos personales y financieros y que el reconocimiento de potestades y

---

(28) García de Enterría, E., Curso de Derecho Administrativo, Vol I, Civitas, Madrid, 2000, pp. 374-375

(29) Malaret, E., La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional) REDA, núm. 76, Octubre-Diciembre 1999, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

(30) Baena Alcázar, M., Organización, régimen jurídico y sector público estatal. Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 100.

(31) Morell Ocaña, L., El «criterium» de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos, REDA, núm. 29, Abril-Junio 1981, CD-Rom, núms. 1-1000, Civitas, Madrid.

la correlativa atribución de competencias configure un ámbito de libre configuración, sin la adopción de mecanismos administrativos de control o tutela» (32).

## 2. EL CNI GOZA DE PLENA CAPACIDAD DE OBRAR (ARTÍCULO 7.2 DE LA LEY 11/2002)

La plena capacidad de obrar de la que goza el CNI que dimana de la personalidad jurídica que tiene reconocida, resulta esencial para el desarrollo de las funciones que le han sido legalmente encomendadas y en cuya actuación debe sujetarse, en consonancia con el artículo 103 de la Constitución Española en el que se ha consagrado el principio de legalidad universal de la actuación de las Administraciones Públicas, al «principio de sometimiento al ordenamiento jurídico», así como a «los principios de eficacia, especialización y coordinación, de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno», como dispone el artículo 2.1 y 3 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo.

Del mismo modo, el reconocimiento de una plena capacidad de obrar posee una indudable relevancia desde el momento que, en ciertos ámbitos de actuación, el CNI se despoja de imperium, abandonando los límites del Derecho administrativo general, para acogerse al Derecho privado, tal y como prevé el artículo 8.4 de la Ley 11/2002, en relación a su régimen patrimonial y de contratación, como posteriormente se ha regulado en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia (33).

## IV. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE ACTUACIÓN DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La Exposición de Motivos de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, señala que el CNI responde en su creación a la demanda de la sociedad española de dotarse de «unos servicios de inteligencia eficaces, especializados y

---

(32) Malaret, E., La Comisión Nacional del Mercado de Valores (Una aproximación a su configuración institucional) REDA, núm. 76, Octubre-Diciembre 1999, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

(33) B.O.E. núm. 155, de 29 de junio de 2.002.

modernos, capaces de afrontar los nuevos retos del actual escenario nacional e internacional, regidos por los principios de control y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico».

Esta afirmación pone de relieve el completo engarce de este nuevo «organismo público» con el marco general del proceso de reforma administrativa operado en virtud de la Ley 6/1997, que, a resultas de los principios constitucionales de organización de la Administración recogidos en el artículo 103.1 de la Constitución Española, en el que, recordémoslo, se dispone que «la Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y descentralización, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», implica necesariamente, según ha puesto la doctrina científica, que «la Administración Pública del Estado social y democrático de Derecho ha de configurarse como una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio» (34).

Estos principios se han reflejado expresamente en la Ley 11/2002 como sigue:

#### 1. EL CNI Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ARTÍCULO 2.1 DE LA LEY 11/2002)

El principio de legalidad, «llave maestra» del Derecho Administrativo, opera «en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima» (35). «La legalidad es el fundamento mismo de la actividad administrativa» (36). De ahí que, en cuanto que «el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa» (37), éste «se encontrará siempre presente (en forma más o menos inmediata en toda actividad administrativa, ya sea como límite de su actuación válida (negative Binding en las potestades domésticas) o como

---

(34) Rodríguez-Arana Muñoz, J., Análisis global sobre la reforma administrativa, recogido en el Gobierno y la Administración. Documentación Administrativa, núms. 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), p. 235.

(35) García de Enterría, E., vol I, p. 440.

(36) Morell Ocaña, L., El «criterium» de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos, REDA, núm. 29, Abril-Junio 1981, CD-Rom, núms. 1-1000, Civitas, Madrid.

(37) García de Enterría, E., Curso de Derecho Administrativo, Vol. I, Civitas, Madrid, 2000, p.440.

justificación directa de la misma (positive Bindung en las potestades relaciones)» (38).

El sometimiento del CNI al principio de legalidad, consagrado como principio universal de la actuación de las Administraciones públicas en los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución, constituye una preocupación constante del legislador en el momento de proceder a la configuración y actuación de este Centro, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 11/2002, que insiste en la creación de unos «servicios de información» «regidos por los principios de control y pleno sometimiento al ordenamiento jurídico».

Esta preocupación se refleja en el artículo 2.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, en el que se dispone:

«El Centro Nacional de Inteligencia se regirá por el principio de sometimiento al ordenamiento jurídico y llevará a cabo sus actividades específicas en el marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 7 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia».

El principio de legalidad se manifiesta, además, en lo que es el ámbito de las actividades del CNI, cuando, en el artículo 5.2 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, se dice que «las relaciones de cooperación y coordinación necesarias para el mejor cumplimiento de sus misiones» que mantenga con el resto de las Administraciones Públicas serán «de acuerdo con la legislación vigente en cada caso y preservando la protección legal de las actividades del Centro», así como en el control de la gestión económico y financiero que, según el artículo 8.3 de la Ley, se «efectuará con arreglo a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria para los Organismos públicos previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado», sin perjuicio de las «peculiaridades necesarias» que el Gobierno establezca para garantizar «su autonomía e independencia funcional».

Ello sin perjuicio de señalar, aunque se trata de una cuestión que escapa a los límites del presente trabajo, que, en nuestra opinión, la sujeción de las actividades del CNI al «principio de sometimiento al ordenamiento jurídico», revierte en que sólo en la medida en que dichas actividades se acomoden al «marco de las habilitaciones expresamente establecidas en la presente Ley y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia», tal y como establece el

---

(38) Villar Ezcurra, J.L., El principio de legalidad en la Ley General Presupuestaria. REDA, núm. 23, Octubre-Diciembre 1979, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

artículo 2 de la Ley 11/2002, pueden ampararse en la consideración de información clasificada, con el grado de secreto del artículo 5.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, evitándose, de este modo, una «concepción del secreto de estado como prerrogativa infiscalizable del poder público» (39).

## 2. EL CNI Y LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y COORDINACIÓN (ARTÍCULO 2.3 DE LA LEY)

El CNI sujeta su actuación a los principios que críticamente se han denominado «principios de funcionamiento» (40) del artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en consonancia con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (redactado conforme a la Ley 4/1999, de 3 de enero).

Estos principios se reflejan en sus líneas maestras en el artículo 2.3 de la Ley 11/2002, cuando dice:

«En el desarrollo de sus funciones, el Centro Nacional de Inteligencia actuará bajo los principios de eficacia, especialización y coordinación, de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el Gobierno».

La sujeción del CNI a estos principios resulta evidente, no tanto por su pertenencia como «organismo público» al conjunto de la Administración, sino, esencialmente, por su marcado carácter instrumental, que hace necesario el desarrollo de los valores de eficacia y eficiencia en un entorno cambiante.

Ello sin perjuicio de recordar que «el actual contexto de limitación del gasto público, que obliga a buscar un funcionamiento del aparato público que respete los indicadores de racionalidad en la gestión de recursos, tanto humanos como financieros, utilizando técnicas que van desde la programación por objetivos y el sistema de control de resultados a la introducción de estándares de calidad en los servicios públicos» (41).

---

(39) Lozano, B., El episodio judicial de los documentos del CESID como ejemplo de las tensiones e incertidumbres del nuevo equilibrio de poderes, p. 26, trabajo que, junto con otros, se reúne en *La descalificación de los secretos de Estado*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1998, recogiendo las palabras de Ferrajoli, en *Jurisdicción y democracia*, «Jueces para la democracia», núm. 29, julio 1997, pp. 3 y sigs.

(40) González Pérez, J., y González Navarro, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Vol. I, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 149 y ss.

(41) Rodríguez-Arana Muñoz, J., *Análisis global sobre la reforma administrativa*. Documentación Administrativa, núms. 246-247 (septiembre 1996-abril 1997), p. 235.

En correspondencia con el artículo 51 de la Ley 6/1997, como advierte el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, en el artículo 8 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia, se dispone que:

«El Centro Nacional de Inteligencia estará sometido a un control de eficacia, que será ejercido por el Ministro de Defensa —Ministerio al que, por el momento, continúa adscrito—, sin perjuicio de los controles asignados a la Intervención general de la Administración del Estado y al Tribunal de Cuentas por la Ley General Presupuestaria. Dicho control tendrá por finalidad comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos y la adecuada utilización de los recursos asignados».

Se trata por consiguiente, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina científica, de establecer un equilibrio entre la «autonomía» funcional que el CNI tiene en razón a los cometidos asignados y la existencia de «un ámbito propio de responsabilidad, es decir, capacidad y exigencia de eficacia» (42).

De entre estos principios destaca la exigencia de que el CNI funcione no sólo «bajo el principio de coordinación con los demás servicios de información del Estado español», sino también de mantener las relaciones de cooperación y coordinación necesarias con el resto de las Administraciones Públicas, «para el mejor cumplimiento de sus misiones, de acuerdo con la legislación vigente en cada caso y preservando la protección legal de las actividades del Centro», conforme dispuesto el artículo 5.2 de la Ley 11/2002.

De todo lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el principio de coordinación se mueve en dos planos diferentes:

### — El CNI se coordina con otros servicios de información

La coordinación del CNI con los servicios de información del Estado español (43) a través, fundamentalmente, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia, cuya regulación se contiene en el

---

(42) Jiménez Cisneros, Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública. Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), D.A., p. 416.

(43) Cuestión que ya fue puesta de relieve y analizada en La reforma de la comunidad de inteligencia en España, 12 de noviembre de 1.999.

artículo 6 de la Ley 11/2002, que aparece presidida por el Vicepresidente del Gobierno que designe su Presidente, y de la que forman parte los Ministros de Asuntos Exteriores, Defensa, Interior y Economía, así como el Secretario General de la Presidencia, el Secretario de Estado de Seguridad y el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Seguridad, que actuará como Secretario (apartado 2.º), sin perjuicio de que puedan ser convocados a las reuniones de la Comisión otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que puedan estimarse convenientes (apartado 3.º).

Entre las funciones de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia destacamos, en el apartado 4, letra b), del citado artículo 6 de la Ley 11/2002, la de «proponer al Presidente del Gobierno los objetivos anuales del Centro Nacional de Inteligencia que han de integrar la Directiva de Inteligencia», cuya determinación y aprobación, no obstante, corresponde al Gobierno, según el artículo 3 de esta Ley.

Coordinación que se extiende a otros servicios de inteligencia, según la letra c) del artículo 4 de la Ley 11/2002, que encomienda al CNI el «promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos».

#### — El CNI se coordina con el resto de las Administraciones Públicas

La coordinación del CNI con el resto de las Administraciones Públicas aparece prevista en el artículo 5.2 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, que, al regular las actividades del CNI, dispone:

«El Centro Nacional de Inteligencia mantendrá con el resto de las Administraciones Públicas, cuando proceda, las relaciones de cooperación y coordinación necesarias para el mejor cumplimiento de sus misiones, de acuerdo con la legislación vigente en cada caso y preservando la protección legal de las actividades del Centro».

Esta coordinación con el resto de las Administraciones Públicas alcanza una especial relevancia en el campo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, debido a la creciente importancia de los procedimientos y dispositivos de cifrado en las redes y servicios de información y telecomunicaciones, circunstancia que se refleja en la letra e) del artículo 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, que dispone que el CNI debe proceder a la coordinación de «la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garanti-

zar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro», especialmente cuando también se le encomienda, concretamente en la letra f) del mismo precepto legal, artículo 4 de la Ley, «velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada» (44).

## V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

Una vez realizadas las anteriores consideraciones que se han orientado a la búsqueda de una justificación última del CNI como Entidad administrativa dotada de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, procede analizar, conforme lo prevenido en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, a cuyo amparo se ha creado, aquéllos aspectos de su normativa específica que tienden a «hacer plenamente efectiva la independencia o autonomía» funcional que pretende otorgársele respecto del resto de la Administración General del Estado, como puso de manifiesto el Dictamen del Consejo de Estado, de 25 de octubre de 2.001, en concreto, en el régimen de personal, bienes, contratación que «podrá someterse al derecho privado» y presupuestación, «y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan normas de rango de ley», según lo prevenido en el artículo 61.1, b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en el que expresamente se dispone que «la creación de los Organismos autónomos y de las Entidades públicas empresariales se efectuará por Ley. La Ley de creación establecerá: b) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de

---

(44) En este punto, debemos citar, en el ámbito del Ministerio de Defensa, la Orden Ministerial 76/2002, de 18 de abril (B.O.D. núm. 83, de 29 de abril), por la que se establece la política de seguridad para la protección de la información almacenada, procesada o transmitida por sistemas de información y telecomunicaciones, que contempla una decisiva participación del Secretario de Estado Director del CNI. No obstante, esta normativa resulta, en nuestra opinión, insuficiente a la vista de las letras e) y f) del artículo 4 de la Ley 11/2002, que extiende las funciones del CNI, en estas materias, al conjunto de las Administraciones Públicas. Por tal motivo, sería necesario su desarrollo reglamentario, al amparo de la facultad que tiene el Consejo de Ministros para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo, prevista en la Disposición final primera de esta Ley.

su régimen de personal, de contratación, patrimonial y, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley».

Teniendo en cuenta que la propia Ley 11/2002, de 6 de mayo, habilita al Gobierno para establecer mediante Real Decreto las peculiaridades necesarias del régimen presupuestario, de contratación, patrimonial y de contabilidad del CNI, que garanticen su «autonomía» funcional, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61.1, b), de la Ley 6/1997, de 14 de abril, se ha procedido dictar el Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, por el que se desarrolla el régimen económico presupuestario del Centro Nacional de Inteligencia, que resulta fundamental para reconocer los elementos que permiten acceder a cuál es la «autonomía funcional» del CNI, a que alude el artículo 1 de esta disposición reglamentaria.

## 1. RÉGIMEN PATRIMONIAL

En consonancia con el artículo 48.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en el que se establece que «los Organismos autónomos, además de su patrimonio propio, podrán tener adscritos, para su administración, bienes del patrimonio del Estado», el artículo 5 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, dispone para el CNI un régimen patrimonial dual, en el que encontramos, por un lado, los bienes que integran su patrimonio propio; y, por otro lado, los bienes del Patrimonio del Estado que le sean adscritos.

Dicho régimen patrimonial, como ha señalado el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, «es conforme con lo que, a tal efecto, dispone tanto la Ley de Patrimonio del Estado (artículo 80) como la Ley de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (artículo 48.1)» anteriormente citado.

El artículo 5, párrafo primero, del Real Decreto 593/2002, dispone, en este sentido, lo siguiente:

«El Centro Nacional de Inteligencia, además de su patrimonio propio, podrá tener adscritos para el cumplimiento de sus fines bienes del Patrimonio del Estado».

### 1.1. Régimen patrimonial de los bienes propios del CNI

En relación a los bienes pertenecientes al patrimonio propio del CNI, siguiendo el mismo tenor literal del artículo 48.2, inciso primero, de la Ley 6/1997, el artículo 5, párrafo 2 del Real Decreto 593/2002 dispone:

«Respecto a su patrimonio propio, podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar y enajenar bienes y derechos de cualquier clase, tanto en territorio nacional como en el extranjero con el único requisito de la previa declaración de necesidad de su Secretario de Estado Director».

La referencia que se realiza en el artículo 5 del Real Decreto 593/2000, de 28 de junio, a que «el único requisito» para proceder a adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar y enajenar bienes y derechos propios del CNI de cualquier clase sea «la previa declaración de necesidad de su Secretario de Estado Director» constituye la introducción, en el régimen del Centro, de una amplia libertad patrimonial, que elimina la necesidad de la previa intervención del Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado, ya sea con su informe favorable en el caso de las adquisiciones de bienes inmuebles, o la comunicación para el caso de enajenación, de no producirse su incorporación al Patrimonio del Estado, previstas, como régimen general, en el artículo 48.3 y 4 de la Ley 6/1997.

En definitiva, al amparo del artículo 5, párrafo 2, del Real Decreto 593/20902, de 28 de junio, frente a lo que ha sido la visión tradicional de los bienes de organismos autónomos como una propiedad de carácter aparente o fiduciario, que dimanaba de la propia concepción centralizadora del artículo 84 de la Ley de Patrimonio del Estado, en la que sólo se concebía «un patrimonio estatal único al servicio indistintamente de todos los fines del Estado», de forma que, en caso de innecesidad para el cumplimiento directo de los fines del organismo, los bienes pertenecientes al patrimonio propio se incorporaban al Patrimonio del Estado, el régimen jurídico del patrimonio propio del CNI se sitúa, por el contrario, abiertamente en una línea de ruptura, que pasa por la «libre disposición de bienes» propios del Organismo (45), con «el único requisito», como se ha dicho, «de la previa declaración de necesidad de su Secretario de Estado Director».

El régimen patrimonial del CNI se acomoda a la profunda transformación que se ha producido, en este campo, en el ámbito de los organismos autónomos, mediante la que se ha venido a equiparar el conjun-

---

(45) Vid., Díaz Lema, J.M., La afirmación legal de patrimonios propios de los organismos autónomos (Contribución al estudio de los patrimonios inmobiliarios públicos), Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 363 y ss.

to de bienes propios al régimen jurídico de los «bienes [inmuebles] adquiridos... con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico, de acuerdo con sus fines peculiares, así como los adquiridos para garantizar la rentabilidad de las reservas que tengan que constituir en cumplimiento de las disposiciones por que se rigen» del artículo 85 del Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado, permitiendo su enajenación por los Organismos públicos.

Sin perjuicio de que en el párrafo tercero del artículo 5 del Real Decreto 593/2002 se disponga:

«En los supuestos en que no proceda la enajenación, los bienes propios se incorporarán al Patrimonio del Estado, cuando resulten innecesarios para los fines del Organismos, realizándose la entrega por conducto del Ministerio de Defensa».

## **1.2. Régimen patrimonial de los bienes del Patrimonio del Estado adscritos al CNI**

Por lo que se refiere a los bienes adscritos al CNI, la regulación contenida en el artículo 5, párrafo 4, del Real Decreto 593/2002, en el que se dispone que «la adscripción de bienes del Patrimonio del Estado será acordada por el Ministro de Hacienda, a propuesta del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, tramitada a través del Ministerio de Defensa», debe verse completada con lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, en el que se indica que «los bienes y derechos que la Administración General del Estado adscriba a los Organismos autónomos conservarán su calificación jurídica originaria y únicamente podrán ser utilizados para el cumplimiento de sus fines. Los Organismos autónomos ejercerán cuantos derechos y prerrogativas relativas al dominio públicos se encuentran legalmente establecidas, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes. La adscripción de los mismos será acordada por el Ministerio de Economía y Hacienda de conformidad con la Ley de Patrimonio del Estado y legislación complementaria».

Disposición que, como señala el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, sobre el proyecto de Real Decreto, resulta ajustada a lo previsto en el artículo 84 de la Ley de Patrimonio del Estado y artículo 48.3 y 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril.

### **1.3. Régimen de los bienes del CNI cuyo origen sean créditos de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados**

Por último, el régimen jurídico de los bienes propios del CNI se completa con la previsión del párrafo 5 del artículo 5 del Real Decreto 593/2002, relativa a aquellos bienes que formando parte del patrimonio propio tengan su origen en créditos contemplados en la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, respecto de los cuales, «dada la peculiaridad de sus fines», que son consecuencia o derivación (a los exclusivos efectos de inventario) de la propia caracterización de estos créditos públicos, que se encuentran destinados a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado, y cuya publicidad está legalmente prohibida (artículo 1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo), establece que los mismos «quedarán excluido del inventario de bienes inmuebles y derechos adscritos al Centro a efectos de su conocimiento por organismos externos al mismo», sin perjuicio de la existencia de un especial sistema de justificación y control por parte de la Comisión parlamentaria del Congreso de Diputados que tenga acceso a secretos oficiales y del Tribunal de Cuentas (artículo 1, en relación con el artículo 7 de la citada Ley 11/1995).

Como señala el Preámbulo del Real Decreto 593/2002, lo que se pretende, teniendo en consideración la particular «naturaleza» de estos bienes cuyo origen son créditos regulados en la Ley 11/1995, es la «adecuada reserva en el momento de su enajenación, sin que lleguen a formar parte del Inventario General de Bienes y Derechos del Estado», acomodándose «al régimen previsto para los Organismos o Entes públicos que adquieren bienes con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares» del artículo 85 de la Ley de Patrimonio del Estado, antes comentado.

## **2. RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN**

Del régimen de contratación del CNI, regulado en el artículo 4 del Real Decreto 593/2002, por el que se desarrolla la previsión contenida en el artículo 8.4 de la Ley 11/2002, en el que se limitó a establecer que «podrá someterse al derecho privado», debemos destacar, en nuestra opinión, los siguientes extremos:

- En primer lugar, que el régimen de contratación del CNI pueda «someterse al Derecho privado», como dice el párrafo segundo del artículo 4 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado artículo 8.4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo.

- En segundo lugar, que corresponda al Secretario de Estado Director del CNI el fijar, «mediante disposición interna», los «criterios que determinarán en cada caso el régimen de la contratación», como señala el párrafo 4 del artículo 4 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio.

## **2.1. El sometimiento del régimen de contratación del CNI al Derecho privado**

El régimen de contratación del CNI es, sin duda, uno de los puntos de la regulación jurídica del Centro en los que, de una manera más relevante, se ha puesto de manifiesto cómo el concepto de personalidad jurídica es el «instrumento mediante el cual se han articulado especiales regímenes estatutarios encaminados a operarla» (46), a través de la introducción de una versátil utilización de técnicas jurídico públicas y privadas (47).

El párrafo segundo del artículo 4 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, dispone:

«En su régimen de contratación el Centro Nacional de Inteligencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de su Ley reguladora, podrá someterse al Derecho privado».

---

(46) Lafuente Benaches, M., Las nociones de administración pública y personalidad jurídica, Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. II, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, citando, en pie de página 29, p. 963, a Clavero Arévalo, M., Las nociones de Administración pública y personalidad jurídica, DA, núm. 58, 1962. Este último trabajo ha sido recogido, posteriormente, en la recopilación de este mismo autor, Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992, pp. 85 y ss.

(47) Como señala Parejo Alfonso, L., Público y privado en la Administración Pública, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol.- IV, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 4669, esta utilización de técnicas jurídico públicas y privadas por parte de las Administraciones Públicas, que, en última instancia, se está caracterizando por el «abandono progresivo» del Derecho administrativo, en «favor de soluciones atípicas, especialmente de Derecho privado», se encuadra, a su vez, en un fenómeno mucho más amplio, en el seno de la Administración Instrumental, cuyo origen debemos situar en «la disociación entre la forma de las organizaciones y régimen regulador de su funcionamiento y actividad», que «ha relativizado la necesaria vinculación de ambas al Derecho público, abriendo la puerta a las múltiples combinaciones actuales entre Derecho aplicable, por un lado, y forma y actividad, de otro».

En este punto, resulta destacable como el Consejo de Estado que, en un primer momento, en el Dictamen de 25 de octubre de 2.001, relativo al anteproyecto de Ley reguladora del Centro, no hizo comentario alguno sobre la posibilidad de que el régimen de contratación del CNI pudiera «someterse al derecho privado», se extiende sobre este asunto en el Dictamen de 13 de junio de 2.002, sobre el proyecto de Real Decreto, haciéndose eco de la problemática doctrinal sobre la existencia y proliferación de personificaciones instrumentales de la Administración Pública que «optan por confiar funciones de carácter público a organismos separados que se someten en su actuación al Derecho privado».

Como ha señalado la doctrina, la «sola presencia de un ente administrativo lleva consigo la aplicación de normas jurídico-administrativas, que regulan cada relación jurídica aun en los casos en que hayan de hacerlo conjuntamente con las de Derecho privado (doctrina de los actos separables, inembargabilidad...)» (48), bien se proceda a la adopción de «las formas privadas de personificación», o bien se someta «la actuación», o ciertos campos de dicha actuación, de los «entes públicos al Derecho privado», como es el caso del régimen de contratación del CNI, puesto que, tanto en un caso como en otro, nos encontramos frente a «meros instrumentos de acción administrativa, que ni rompen la titularidad final de una instancia administrativa inequívocamente pública, ni salen de la órbita del régimen jurídico de las Administraciones públicas», y, en consecuencia, «la imposibilidad de hurtar a los poderes públicos del respeto a los derechos y a los principios que enuncia la Constitución, así como los límites que impone el Derecho comunitario europeo, mediante ropajes jurídicos diversos y la creación de personalidades jurídicas interpuestas con simples particulares» (49).

Por tal motivo, el referido Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, se ve en la necesidad de poner de manifiesto que «cuando

---

(48) Morell Ocaña, L., El «criterium» de la Administración Pública y el Derecho administrativo contemporáneos, REDA, núm. 29, Abril-Junio 1981, CD-Rom, núms. 1-1000, Civitas, Madrid.

(49) En efecto, siguiendo en este punto a Borrajo Iniesta, I., El intento de huir del Derecho administrativo, REDA, núm. 78, Abril-Junio 1993, CD-Rom, núms. 1-1000, Civitas, Madrid, el acogimiento de los Entes administrativos al Derecho privado, no implica que debamos olvidar tres postulados fundamentales:

Primero.—«El sometimiento al Derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo Derecho y de todo control: las técnicas para sujetar el poder al Derecho que ofrecen los Códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes». Por tal motivo, no se consagra «la libertad de los propietarios, sino la que sujeta a los administradores de intereses ajenos».

se aplique el derecho privado, deberá tenerse en cuenta, en principio, lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que se dispone que «los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defectos de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a los efectos y extinción por las normas de derecho privado».

Esta consideración se amplía razonando que «la aplicación de las normas de la Ley de Contratos en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos del Centro podría significar un obstáculo importante, y quizá insalvable, si en todos esos supuestos hubiera que acudir a sistemas de publicidad y concurrencia. Pero la propia Ley de Contratos puede resolver esta cuestión puesto que en diversos preceptos de la misma se admite la contratación directa y se excluye la publicidad. Así ocurre, para los contratos de obras, cuando se trate de expedientes «declarados secretos o reservados o cuando su ejecución debe ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforma la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses generales del Estado» (artículo 141.f). En idénticos términos se pronuncia, para los contratos de suministro, el artículo 182.h) y, para los contratos de consultoría, asistencia y de servicios, el artículo 210.g) de la Ley. Por consiguiente, las previsiones sobre contratación del proyecto de Real Decreto pueden conciliarse con la regulación general de la contratación pública».

En esta misma línea, también encontramos la jurisprudencia (como la STS de 25 de julio de 1.994), que ha venido a señalar que «la generalizada tendencia a dotar a los llamados «entes instrumentales» de un régimen jurídico más operativo que el administrativo común, con las relativas ventajas y muy graves riesgos que ello comporta, bien atribuyendo carácter civil o mercantil a sus operaciones con terceros, bien prescindiendo de trá-

---

Segundo.—«La huida del Derecho privado es, en cierta medida, inútil: la administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos; y, sobre todo, siempre subsistirá un dato capital, cuya relevancia es preciso rescatar de los archivos del antiguo Derecho: quien maneja caudales públicos no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su status subjetivo».

Tercero.—«Es inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: dicho control puede ser ejercitado con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los Jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del Derecho».

mites internos que han sido típicos de la contratación administrativa. Como el fenómeno se ha extendido a los más variados ramos de la actuación administrativa, no es fácil una valoración unitaria, y habrá que estar en cada caso a lo que dispongan las leyes respectivas. Sin embargo, la exención de los trámites no comporta sin más exoneración de los principios institucionales de la contratación administrativa, como pueden ser los de publicidad y concurrencia, y su cumplimiento no puede dejar de ser competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

Es más, incidiendo en este punto, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, hay que insistir en que «muchos de estos entes, de acuerdo con el Derecho comunitario, estarían sujetos a la normativa pública de contratación. Así lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en una jurisprudencia ya muy consolidada, que ha venido a confirmar la reciente Sentencia de 17 de diciembre de 1.998», sobre la base de las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38 CEE, que unificaron la extensión subjetiva de todas las Directivas sobre contratación pública, según «un criterio mixto, de carácter definitorio y enumerativo», y «acumulativo» según la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 15 de enero de 1.998, basado en estas premisas:

- De un lado, mediante la enumeración de «las figuras subjetivas definibles como públicas: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos»; y,

- De otro, definiendo «lo que para ellas [las Directivas europeas sobre contratación administrativa] son los organismos de derecho público atendiendo no a una cláusula general, sino a través de unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión» (50).

Estas reglas o pautas se han reflejado perfectamente en el ordenamiento jurídico español en el artículo 1.3 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se dispone lo siguiente:

«Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de dere-

---

(50) Moreno Molina, J.A., La sujeción de las Administraciones Públicas y de las entidades dependientes de las mismas a la normativa comunitaria sobre contratación Pública. Comentario a la Sentencia del YJCE de 17 de diciembre de 1998. Sistema Contratos Administrativos, mayo 1999, núm. 5, pp. 1 y 4-5.

cho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyo órganos de administración, dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las administraciones públicas y otras entidades de derecho público».

Luego, el sometimiento al derecho del régimen de contratación del CNI sólo puede entenderse, sin contrariar la legislación vigente, referido exclusivamente a los negocios y contratos de disposición de los bienes propios del Centro, una vez que, tal como hemos comentado al analizar el régimen patrimonial, reglamentariamente se ha abierto la posibilidad de su libre disposición de los mismos, «con el único requisito de la previa declaración de necesidad de su Secretario de Estado Director», según el artículo 5, párrafo segundo, del Real Decreto 593/2002, y todo ello al amparo del artículo 5.3 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precepto en el que el legislador «parece dar a entender su preferencia por su consideración como contratos privados» de ciertos contratos patrimoniales de las Administraciones Públicas, «en particular», como dice esta disposición, «los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades corporales y valores negociables...», sin perjuicio mantener la consideración administrativa de estos contratos:

- Cuando estén «vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante», esto es, que se trate de una «actuación «típica» de la Administración, en el ámbito de sus competencias, la esfera específica de sus funciones», así como,

- Cuando satisfagan «de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante», por «la intrínseca relación del contrato con el fin público», que no sea «accesorio o instrumental» (51).

---

(51) Fuertes, M., Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 2000, Vol. VI, pp. 45-46, y ss.

## 2.2. La «disposición interna» de fijación de criterios del régimen de contratación

Siendo evidente que la voluntad del legislador es la de someter, en un principio, toda la actividad contractual de los Entes de Derecho Público (entre los que se encuentra el CNI, en cuanto que reúne todos los requisitos señalados) a la plena aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, las reflexiones anteriormente expuestas, así como recogidas en el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, deberán, en nuestra opinión, ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el Secretario de Estado Director del Centro, mediante «disposición interna», los criterios que determinarán en cada caso el régimen jurídico de la contratación del CNI (artículo 4.4 del Real Decreto 593/2002).

Todo ello sin perjuicio de significar que la «disposición interna» mediante la que el Secretario de Estado Director del Centro fijará los criterios sobre el régimen de contratación aplicable, pese a la imprecisión de la propia denominación que reglamentariamente se le asigna, constituye una instrucción u orden de servicio del artículo 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante la cual, consecuencia de la función directiva asignada, el Secretario de Estado Director del CNI procederá a dirigir las actividades que en el ámbito contractual llevarán a cabo los órganos jerárquicamente dependientes, impartiendoles «directrices adecuadas para asegurar un funcionamiento coherente –no necesariamente homogéneo- de la unidad orgánica en la que esos órganos se hallan integrados» (52), las cuales, aunque no pueden innovar el ordenamiento jurídico, en la medida que afectan a una actividad, la contractual, manifestación de la autonomía del Centro en este ámbito, con una proyección que va más allá del ámbito estrictamente interno, en razón de los efectos que puedan producirse, debiera ser, entendemos, objeto de la oportuna publicación en el B.O.E., conforme dispone el párrafo 2 del artículo 21, en concordancia con el artículo 60.1, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre salvo en aquellas materias clasificadas como secreto, según el artículo 5.1 de la Ley 11/2002. En caso contrario, la no publicación de la «disposición interna» del Secretario de Estado Director del CNI prevista

---

(52) González Navarro, F., en relación al artículo 21 de la Ley 30/1992, contenido en la obra de González Pérez, J., y González Navarro, F., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Vol. I., Civitas, Madrid, 1999, p. 777.

en el artículo 4.4 del Real Decreto 593/2002, sólo implicaría una eficacia ad intra, con efectos internos, pero determinaría la carencia de una plena eficacia ad extra, que resulta imposible de asumir, por definición, en el campo contractual administrativo.

### 3. EL RÉGIMEN DE FINANCIACIÓN DEL CNI

La determinación de los recursos financieros del CNI se encuentra en el artículo 2 del Real Decreto 593/2002, en consonancia con el artículo 45.2 de la Ley 6/1997, en el que, con carácter general, se dice:

«Para el desarrollo de sus funciones, los Organismos autónomos dispondrán de los ingresos propios que estén autorizados a obtener, así como de las restantes dotaciones que puedan percibir a través de los Presupuestos Generales del Estado», en relación con el artículo 65.1 de dicha Ley.

Los recursos económicos del CNI, según el artículo 2 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, son:

a) Las transferencias asignadas en los Presupuestos Generales del Estado, a través de un concepto específico.

b) Los ingresos obtenidos como consecuencia del normal desarrollo de sus actividades.

c) Los ingresos procedentes de la gestión de su patrimonio.

d) Los ingresos procedentes de las actividades que pueda realizar, en virtud de convenio o disposición legal.

e) Cualesquiera otros ingresos que le sea autorizado percibir.

En definitiva, como señala el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002, «los recursos que se asignan al Centro Nacional de Inteligencia para su financiación están en concordancia con los que, con carácter general, se prevé en la citada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, a la que se remite. En efecto, el artículo 65 de la Ley 6/1997 prevé las distintas fuentes de los recursos económicos de los Organismos autónomos, lo cual tiene fiel correspondencia con las previsiones del artículo 2 del proyecto de Real Decreto. Los apartados a), b), c), d) y e) de éste se corresponden con los apartados 1c), 1e), 1a), 1e) y 1g) del artículo 65 de la Ley 6/1997. No hay en este aspecto ninguna especialidad respecto del régimen general de financiación de los organismos autónomos».

Debiéndose destacar, además del más que evidente alcance cuantitativo de las transferencias asignadas en los Presupuestos Generales del Estado como recurso económico de financiación del CNI, la regulación de un

manifiesto mecanismo de extensa «autonomía» presupuestaria, que es la que permite al Centro la elaboración de su correspondiente anteproyecto anual de presupuesto, «con la estructura que, adaptada a sus necesidades, establezca el Ministro de Hacienda», que se elevará al Ministro de Defensa, para su remisión al Consejo de Ministros a través del Ministro de Hacienda», para su integración en los Presupuestos Generales del Estado (sin que, al menos literalmente, en esta fase de la elaboración, se encuentre prevista la posibilidad de introducción de alteraciones en el anteproyecto de presupuestos), para su posterior envío a las Cortes Generales» (artículo 8.2 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, y artículo 3, párrafos 2 y 3 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio).

#### 4. RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, DE CONTABILIDAD Y CONTROL FINANCIERO DEL CNI

Sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, con carácter general, no se «contempla ya regla específica alguna sobre la elaboración, la estructura y la ejecución de los anteproyectos de presupuestos de los Organismos Autónomos, así como sobre su contabilidad y el control-intervención de la gestión, y elimina la autorización general para la realización de operaciones financieras vinculadas a los fines del Organismos y en los términos de la legislación presupuestaria», limitándose, por ello, con carácter general, a una remisión íntegra «al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero a la Ley General Presupuestaria» (53), sobre la base de la Disposición adicional décima.2, de la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, que prevé la adecuación de las prescripciones de aquella Ley,

---

(53) Parejo Alfonso, L., La regulación del Gobierno y la Administración; continuidad y discontinuidad en la política de desarrollo constitucional en la materia, Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), p. 74. En este mismo sentido, Palomar Olmeda, A., La organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración general del Estado. Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), p. 434, señala que el citado artículo 50 de la Ley 6/1997 procede a «una remisión íntegra y total al régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero establecido para los Organismos Autónomos en la Ley General Presupuestaria», de modo que «podemos indicar que la autonomía de gestión que configuraba el marco esencial y potencialmente flexibilizadora para los Organismos Autónomos no parece que pueda incluir los aspectos relativos a la gestión económica de los mismos».

en la medida que «resulten procedentes», el régimen presupuestario, de contabilidad y control financiero del CNI, recogido, respectivamente, en los artículos 3, 6 y 7 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, contempla una regulación de estas materias que responde, en todo momento, a la «excepcionabilidad en el tratamiento de la documentación sometida al control parlamentario», en concordancia con la previsión del artículo 5.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo.

#### **4.1. Régimen presupuestario del CNI**

El régimen presupuestario que se encuentra previsto en el artículo 3 del Real Decreto 593/2002 tiene su cobertura en los artículos 8.2 y 3 y 9.1, b), de la Ley 11/2002, como señala el Dictamen del Consejo de Estado, de 13 de junio de 2.002. En el mencionado precepto reglamentario se consagra la «autonomía» presupuestaria del CNI, que se manifiesta en la elaboración del anteproyecto de presupuesto, sin perjuicio que la ejecución del presupuesto está sujeto a los pertinentes controles, tanto de orden administrativo, por parte del Gobierno a través del Ministerio de Defensa, como del Tribunal de Cuentas y, naturalmente, del Parlamento, a través de la correspondiente Comisión del Congreso de Diputados.

#### **4.2. Régimen de contabilidad y control financiero del CNI**

El régimen de contabilidad y control financiero, previsto en los artículos 6 y 7 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, que se ajusta, respectivamente, a lo establecido en el artículo 62.1, letra e), de la Ley 6/1997, de 14 de abril, y a los artículos 99 y 100 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, se acomoda a las previsiones de la Disposición adicional décima .2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, recogiendo las peculiaridades derivadas de la propia configuración del CNI y de la existencia de cantidades que, según la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, tengan la consideración de fondos reservados destinados a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado, que aparecerán consignadas como tales en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, y que se encuentran sujetas al control de la correspondiente Comisión Par-

lamentaria del Congreso de Diputados que, según la normativa parlamentaria, tenga acceso a secretos oficiales, que deberá ser informada semestralmente sobre la aplicación y uso de los fondos presupuestarios, y del informe que esta Comisión pueda elaborar, con carácter anual, para su remisión a los Presidentes del Gobierno y del Tribunal de Cuentas.

En este sentido, resulta evidente que la regulación del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, como expresamente señala el Preámbulo de esta disposición reglamentaria, deriva de la consideración que legalmente tiene la información del CNI como información clasificada, con el grado de secreto, cuando va referida a la organización y estructura internas, medios y procedimientos, persona, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información, y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, tal y como se establece en el artículo 5 de la Ley 11/2002, que hace patente la necesidad, como también pone de manifiesto el propio Preámbulo del Real Decreto 593/2002, de establecer «una normativa que, dentro del ordenamiento jurídico, concilie los principios garantes del mismo en particular en lo que se refiere al de publicidad con el necesario sigilo sin merma de la transparencia y eficacia en las actuaciones administrativas avaladas por los correspondientes controles, tanto interno como externo de la Administración General del Estado, encomendados a la Intervención General de la Administración del Estado y al Tribunal de Cuentas, respectivamente».

Este objetivo pretende alcanzarse, sin perjuicio de lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria, haciendo que la documentación que se genere en los ámbitos presupuestario, contable y de control se sujete a «diferentes disposiciones legales que eximen o limitan el principio de publicidad, o, en su caso, mediante la certificación del cumplimiento de la normativa vigente y la puesta a disposición del órgano de control de la documentación acreditativa en el Centro Nacional de Inteligencia, evitando así la difusión de documentos originales y copias, cualquiera que sea su soporte, sin merma de las garantías que ofrece el control».

Todo ello se ha reflejado en la configuración del concreto régimen jurídico de la contabilidad del CNI, previsto en el artículo 6 del Real Decreto 593/2002, de 28 de junio, que plasma, a su vez, las expuestas en el Preámbulo de esta misma disposición reglamentaria, en el cual se hace observar que el «dilema» que pudiera presentarse entre publicidad y seguridad en orden a verificar que la gestión económico-financiera del Centro se ajusta a los principios de legalidad, economía eficiencia y eficacia, debe solventarse, «en analogía con lo dispuesto en la Ley 11/2002 para los

documentos soportes de la información que se presenta a la Comisión del Congreso de los Diputados», con la «puesta a disposición de las cuentas ante los terceros interesados, fundamentalmente los organismos de control, a través de un certificado de cumplimiento en tiempo y forma de la normativa vigente expedido por el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, permaneciendo, mientras tanto la documentación justificativa depositada y custodiada en el mismo durante los plazos legalmente establecidos».

Y, asimismo, subrayando lo comentado, también se ha visto reflejado en el régimen de control financiero permanente de la gestión económico-financiera del CNI previsto en el artículo 7 del Real Decreto 593/2002, en el que se trata de garantizar lo ya expuesto en el Preámbulo de esta disposición, en orden a «la adecuada reserva en el tratamiento de la documentación», disponiendo, a tal efecto, que «los informes de control financiero» que puedan solicitarse por el Interventor general de la Administración del Estado al Interventor Delegado en el CNI, «una vez surtida su finalidad de promover la mejora de las técnicas de gestión económico-financiera, se custodiarán» por la mencionada Intervención Delegada, «remitiéndose al Interventor general de la Administración del Estado aquellos que determine expresamente».

## 5. RÉGIMEN DE PERSONAL

El examen del elemento personal del CNI tiene que plantearse en dos planos distintos:

— Por un lado, el régimen del personal directivo, fundamentalmente, del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia (artículo 9 de la Ley 11/2002).

En este punto, sin entrar en mayor detalle, siempre teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 11/2002, por la que se clasifica con el grado de secreto, la organización y estructura interna del Centro, debemos advertir que el puntual desarrollo de las previsiones legales relativas a los máximos órganos rectores se encuentra en el Real Decreto 436/2002, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica del Centro Nacional de Inteligencia (54).

— De otro, el personal que presta sus servicios en el CNI (artículo 8 de la Ley 11/2002).

---

(54) B.O.E. núm. 113, de 11 de mayo de 2002.

## 5.1. Régimen del personal directivo: El Secretario de Estado Director del CNI

El Secretario de Estado Director del CNI es el órgano directivo unipersonal verdadero gozne de toda la actividad del CNI, al confluir en su persona y bajo su responsabilidad todas las funciones que dicho Centro tienen legalmente encomendadas, como viene siendo característica común a los Entes instrumentales de la nueva descentralización funcional que recientemente se está operando en el Derecho administrativo español. Es más, la mayor garantía de «autonomía» funcional del CNI descansa en la «auctoritas» profesional y personal del Secretario de Estado Director del Centro (55).

En este plano, resulta plenamente identificable la dialéctica entre la «introducción de técnicas que garanticen la estabilidad e independencia de los dirigentes de estas Entidades», que en el caso del CNI descansa fundamentalmente la propia decisión que adopte el Consejo de Ministros de nombramiento del Secretario de Estado Director del Centro, que, como veremos, tiene que realizarse atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, lo que, de por sí, al menos a un nivel político, se traduce en cierta estabilidad en su nombramiento, «a la par que se profundiza en la creación de una ámbito propio de responsabilidad, es decir, capacidad y exigencia de eficacia» (56).

Conforme el artículo 6.7 de la Ley 6/1997, en el que se dice que «los Estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos», el artículo 9.2, inciso primero, de la Ley 11/2002 establece:

«Corresponde al Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia impulsar la actuación del Centro y coordinar sus unidades

---

(55) Al igual que sucede en el caso de otros organismos autónomos que alcanzan la consideración o categoría de «Administración Independiente», como el Presidente del Consejo de Seguridad Nuclear, como señala López Ramón, F., *El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente, Administración Instrumental*. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 587, o el caso del Director de la Agencia de Protección de Datos, que «realmente es el titular de la institución», en cuanto que «las funciones de la Agencia son, en realidad, funciones de su Director, como señala este mismo autor en *La Agencia de Protección de Datos como Administración independiente en el Derecho español y comunitario europeo*, Jornadas sobre el Derecho español de la Protección de datos personales, Agencia de Protección de Datos, Madrid, 1996, p. 257.

(56) Jiménez de Cisneros Cid, F.J., *Organización instrumental pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración Pública*. Documentación Administrativa, n.º 246-247 /septiembre 1996-abril 1997), p. 416.

para la consecución de los objetivos de inteligencia fijados por el Gobierno, asegurar la adecuación de las actividades del Centro a dichos objetivos y ostentar la representación de aquél».

El nombramiento de Secretario de Estado Director del Centro corresponde al Consejo de Ministros, mediante Real Decreto a propuesta del Ministro de Defensa, con un mandato de cinco años, sin perjuicio de la facultad de proceder a su sustitución en cualquier momento (artículo 9.1 de la Ley 11/2002), «atendiendo a criterio de competencia profesional y experiencia», en aras a garantizar la objetividad en el servicio a los intereses generales, conforme dispone el artículo 6.10 de la Ley 6/1997. No en vano, sobre el Secretario de Estado recaerá «la responsabilidad profesional, personal y directa de la gestión desarrollada» y «la sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente –el Ministro de Defensa, departamento al que se encuentra adscrito el CNI-, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria», según el citado artículo 6.10 de la Ley 6/1997.

## **5.2. Régimen del personal que presta sus servicios en el CNI**

Por lo que se refiere a las líneas generales de configuración del régimen del personal del CNI, éstas se encuentran en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, en el que se dispone:

«1. El personal que preste servicios en el Centro Nacional de Inteligencia, cualquiera que sea su procedencia, estará sometido a un mismo y único estatuto de personal que será aprobado por el Gobierno y en el que, de acuerdo con las funciones y naturaleza propias del Centro, se regularán, al menos, los siguientes extremos:

a) El proceso de selección del personal, que exigirá la superación de pruebas objetivas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

b) El carácter temporal o permanente de la relación de servicios con el Centro Nacional de Inteligencia.

c) La estructura jerárquica del Centro Nacional de Inteligencia y las relaciones orgánicas y funcionales consiguientes.

d) Las medidas administrativas que garanticen la reserva sobre los aspectos de gestión de personal que afecten al funcionamiento del Centro.

No obstante lo anterior, el Centro podrá contratar otro personal con carácter laboral para atender sus necesidades de mantenimiento y funcionamiento no vinculadas con el ejercicio efectivo de las funciones que la presente Ley le encomiende. Este personal podrá ser sometido a las medi-

das de seguridad y control que se estimen necesarias de las que se prevean con carácter general en el estatuto de personal del Centro».

*Entre tanto*, mientras no se produzca el desarrollo reglamentario del artículo 8.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, según la Disposición transitoria única de esta Ley, resulta:

«1. El personal que, a la entrada en vigor de la presente Ley, tenga la consideración de personal estatutario permanente o temporal del Centro Superior de Información de la Defensa, quedará integrado en la misma condición en el Centro Nacional de Inteligencia.

2. En tanto no se produzca el desarrollo reglamentario de esta Ley y se apruebe un estatuto de personal del Centro Nacional de Inteligencia, continuará en vigor el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, por el que se establece el estatuto de personal del Centro Superior de Información de la Defensa.

3. El grupo de clasificación, grado personal y demás derechos económicos que el personal del Centro Superior de Información de la Defensa tuviera reconocidos quedarán plenamente garantizados en el nuevo régimen de personal».

Toda vez que, en el momento de elaborar este trabajo, no se ha promulgado el correspondiente Real Decreto de desarrollo del artículo 8.1 de la Ley 11/2002, no es posible ningún comentario detallado de la solución estatutaria adoptada. Por ello, nos limitaremos a una serie de observaciones de carácter general.

Los tres grandes principios que informan las previsiones de personal del CNI son:

— En primer lugar, se encuentra la afirmación de que el personal que presta sus servicios en el Centro será de forma mayoritaria personal sujeto al Derecho administrativo, quedando el personal sometido al Derecho laboral para el desempeño de puestos de trabajo en supuestos excepcionales, concretamente, como señala el artículo 8 de la Ley, «para atender sus necesidades de mantenimiento y funcionamiento no vinculadas con el ejercicio efectivo de las funciones que la presente Ley le encomiende. Este personal podrá ser sometido a las medidas de seguridad y control que se estimen necesarias de las que se prevean con carácter general en el estatuto de personal del Centro» (57).

— En segundo lugar, el encuadramiento del régimen de personal en un sistema estatutario. Teniendo en cuenta el marco normativo enunciado,

---

(57) Con arreglo a la doctrina asentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio.

como ha sucedido en otros casos en los que se ha venido a establecer una «regulación funcionarial atípica» (58), el artículo 8.1 de la Ley 11/2002, expresamente elude la utilización del término «funcionario», prefiriendo el término de «el personal que preste servicios en el Centro Nacional de Inteligencia», lo cual «no es una simple cuestión lexicográfica», sino que responde a una «intención de distinguo» y «diferenciación» (59) frente a lo que podríamos denominar relación funcionarial típica.

El personal que presta servicios en el CNI presenta ciertas particularidades que le dan una estructura y consistencia autónoma que los diferencia del personal laboral y del personal funcionarial administrativo. Por expresa disposición legal, se trata de personal estatutario —al estar su régimen jurídico regulado en un Estatuto— y sus especialidades hacen que pudieran pensarse que ha venido a constituir un *tertium genus*, es decir, un grupo o colectividad muy particular (60), cuyo desarrollo normativo corresponde realizar al Gobierno, por vía reglamentaria, al igual que, en su momento, sucediera con las previsiones de la Disposición final octava de la derogada Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del Personal Militar Profesional, y que dieron lugar al Estatuto de 1.995, escapando del régimen funcionarial general, con respeto únicamente a las bases, sucintamente enunciadas, en el artículo 8.1 de la Ley 11/2002.

Se mantiene, en definitiva, la necesidad de que el CNI tenga un régimen normativo propio y exclusivo, de carácter o naturaleza estatutaria, que, como ya recogía el preámbulo del Estatuto vigente, debe apoyarse, «por un lado, en las características y exigencias para el desempeño de los distintos puestos de trabajo de la Organización, cuya relación determina su estructura jerárquica, organizativa y funcional y, por otro, en la naturaleza y carácter específico del Centro que determinan el régimen general de

---

(58) Ejemplo de ello lo encontramos en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, objeto de estudio por Carrasco Canals, C., *La Agencia Estatal de Administración Tributaria: una regulación funcionarial atípica*, REDA, núm. 74, Abril-Mayo 1992, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid, y, por el mismo autor, en *Las entidades instrumentales de la Administración pública: una regulación funcionarial atípica*, Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 319 y ss.

(59) Carrasco Canals, C., *La Agencia Estatal de Administración Tributaria: una regulación funcionarial atípica*, REDA, núm. 74, Abril-Mayo 1992, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

(60) Gimeno Feliu, *Problemática en torno a las vacantes del personal sanitario médico de la Seguridad Social: rechazo de la dualidad jurisdiccional*. REDA, núm. 64, Octubre-Diciembre 1.989, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

derechos, deberes y disciplinario», único e idéntico para todo el personal que presta sus servicios en el Centro, y, por supuesto, independiente del origen o procedencia profesional, ya sea ésta funcionarial, militar, de las Fuerzas o Cuerpos de Seguridad del Estado, laboral e incluso de personal sin vinculación previa con la Administración.

No obstante, «la fórmula estatutaria es cualquier cosa menos simple y sencilla; antes bien, ... se caracteriza por su complejidad. Podría hablarse de un haz de titularidades contrapuestas, de una situación que conlleva ventajas y beneficios pero que también implica cargas y restricciones. No valen, por tal motivo, «las descripciones unilaterales o parciales», puesto que, «además de un sistema estatutario general», se constata la existencia de «diversas fórmulas estatutarias, según las características de los funcionarios implicados», lo que necesariamente motiva que «las respuestas del derecho positivo varían, y mucho, precisamente porque quieren responder a exigencias y necesidades muy diversas» (61).

Ello sin perjuicio de que siga siendo «un tema clásico el de en qué medida derechos fundamentales o libertades públicas cuyo ejercicio está reconocido con carácter general van a poder resultar limitados o constreñidos cuando de los funcionarios se trate. O cuando se trate de según qué funcionarios», como es el caso del personal que presta sus servicios en el CNI, que, por su condición, pueden tener acceso a informaciones calificadas como secretas, y, por consiguiente, están «especialmente sometidos a la obligación de secreto y vean así sensiblemente disminuida su parcela de libertad de expresión» (62), o la relativa al derecho a la libertad de sindical, en tanto continúe la adscripción del CNI al Ministerio de Defensa (Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical).

— En tercer lugar, como consecuencia de la propia «autonomía» que posee el CNI para la consecución de sus fines institucionalmente establecidos, como ha sucedido en otros casos, la futura regulación del personal del Centro debería dar «una mayor entrada al individualismo «managerial»... a través de un mayor respaldo a valores netamente empresariales (productividad, eficiencia, creatividad, etc.) frente a los tradicionales de

---

(61) Martín-Retortillo Baquer, L., El estatuto de los policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDA, núm. 61, Enero-Marzo 1.989, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

(62) Martín-Retortillo Baquer, L., El estatuto de los policías según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, REDA, núm. 61, Enero-Marzo 1.989, CD-Rom, núms. 1-100, Civitas, Madrid.

nuestra cultura administrativa» (63), que debe traducirse en el establecimiento de una libertad de diseño de la plantilla de personal y, por qué no, en las remuneraciones, según los criterios anteriormente apuntados, dentro del margen de un necesario discrecionalidad para su asignación, pero con «escrupuloso respeto a los componentes retributivos básicos estatutarios comunes para todos los funcionarios civiles» (64).

Ello sin perjuicio de la regla de alcance incalculable en la problemática que estamos analizando, aun tratándose de personal sometido a un régimen estatutario, cual es la que aparece contenida en el artículo 1.5 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, en la que se dispone que «la presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación», que implica que aun cuando estemos en presencia de una prestación de servicios de naturaleza estatutaria, como ha venido entendiendo la jurisprudencia, la «configuración armónica e integradora del ordenamiento jurídico en general», sugiera que, «en situaciones similares», deban encontrarse «soluciones coherentes», deducidas «de los principios generales de los distintos órdenes afines», particularmente «para cubrir los vacíos» de la norma (65).

## VI. CONCLUSIONES

Primera.—La Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, en cuanto fija la naturaleza, objetivos y funciones, así como los aspectos sustanciales de su organización y régimen jurídico de

---

(63) Arroyo Yanes, L.M., La Agencia estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública, Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pp. 210-211.

(64) Arroyo Yanes, L.M., La Agencia estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública, Administración Instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, Vol. I, Instituto García Oviedo Universidad de Sevilla y Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, p. 219.

(65) Como así entendieron, en su momento, las SSTCT de 27 de febrero y 14 de mayo de 1979, 24 de octubre de 1981, 7 de mayo de 1984, 24 de abril de 1986, y 22 de junio de 1987, en relación al personal estatutario de la Seguridad Social, citadas por Gil Suárez, L., Cuestiones de interés sobre el personal de la Seguridad Social sometido al Orden Social de la Jurisdicción, en Criterios judiciales sobre despido, contrato de trabajo, seguridad social y recurso de suplicación, Poder Judicial Número especial XIV; Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986, p. 66.

este nuevo Ente Administrativo, es la normativa básica que permite el adecuado desenvolvimiento de las funciones que se le encomiendan en la esfera de las necesidades e intereses de la Defensa Nacional, así como su plena inserción en el Estado de Derecho definido en la Constitución.

Segunda.—La propia caracterización sectorial y la importancia de los intereses nacionales y de la estabilidad del Estado de Derecho y sus instituciones, en perfecta correspondencia con el moderno concepto de «Defensa Nacional» del artículo 2 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la organización militar, en cuanto que permiten salvaguardar la propia existencia del Estado de derecho y de las libertades públicas a él inherentes, son los que determinan la necesidad de dotar al CNI de la suficiente «autonomía» funcional.

Tercera.—La «autonomía» funcional del CNI se logra, fundamentalmente, a través de su configuración como «Organismo público» al amparo de la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Ello constituye una de las grandes novedades del régimen jurídico del servicio de inteligencia español, desde el momento en que el CNI legalmente goza de una personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar.

Cuarta.—La personalidad jurídica propia que tiene reconocida el CNI hace posible que esta Entidad Administrativa alcance la condición de «sujeto de derecho», al tiempo que permite su conformación como centro de creación de un estatuto en cuya virtud se admite la aplicación de un derecho singular y específico de carácter estatutario, que, en determinados extremos (patrimonial, contratación, personal, etc.) hace excepción al Derecho Administrativo general que se aplica al conjunto de la Administración Pública.

El carácter distintivo del «ius singulare» del CNI respecto del Derecho Administrativo general posee unas notas verdaderamente destacadas en el caso de su régimen jurídico de la contratación, que, como hemos visto, puede someterse al derecho privado, lo cual se presenta, en nuestra opinión, si pretendiera hacerse extensiva, una franca contradicción con la normativa comunitaria y la Ley de Contratos del Estado.

Quinta.—Finalmente, aunque la cuestión escapa a la temática que hemos analizado, en aras al «principio del Estado democrático (artículo 1.1 de la Constitución) y, más concretamente, la determinación básica de la emanación del pueblo de todos los poderes del Estado (artículo 1.2 de la Constitución)», que «puede (y debe) ciertamente interpretarse en el sentido de un mayor acercamiento entre sociedad y Estado, si se quiere inclu-

so de una determinada y fuerte imbricación entre una y otro», aunque de ello no necesariamente se siga «la total confusión de sociedad y Estado, que continúan siendo cosas distintas» (66), hubiera sido conveniente, en nuestra opinión, que la Ley 11/2002, de 6 de junio, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, no sólo hubiera previsto la sujeción del CNI al «principio de sometimiento al ordenamiento jurídico» y el correspondiente control parlamentario, sino que, además, se hubiera establecido una previsión que permitiera conocer el sentido y los fines de las actividades que realiza, a través, incluso, como sucede con el *Verfassungsschutz*, el Servicio de Protección de la Constitución alemán, de la publicación anual de un informe donde se comunique «con especial detalle —a los ciudadanos— acerca de los distintos grupos extremistas o terroristas que pueden atentar contra el orden constitucional y la convivencia pacífica», al objeto de que pueda exigírsele la prestación de un servicio de autodefensa eficaz del conjunto de la sociedad y del orden legítimamente establecido (67).

---

(66) Parejo Alfonso, L., *Público y privado en la Administración Pública*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Vol.- IV, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 4684.

(67) González-Varas Ibáñez, S., *El CESID, La Ley*, Año XXII, Número 5300, de 3 de mayo de 2.001.

## **PROBLEMAS JURÍDICOS DE ABSENTISMO LABORAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA ADMINISTRACIÓN CASTRENSE**

Capitán Auditor Victoriano Perruca Albadalejo.  
*Asesor Jurídico de la Delegación de Defensa en Las Palmas.*

*A la memoria de Luis, mi padre.*

### *SUMARIO*

Introducción. I. El control de la actividad del personal civil laboral no funcionario dependiente de la Administración Pública Militar. El problema del absentismo y sus motivaciones: concepto y regulación normativa. Los instrumentos para su erradicación: A) No disciplinarios: las estadísticas, las medidas preventivo-informativas a la contratación, la contratación de duración determinada, los planes de recursos humanos y la ergonomía, el papel de la medicina y el mejoramiento de los servicios sanitarios, los complementos de productividad, las primas de asistencia y absentismo. B) Los disciplinarios: las faltas y sus sanciones. Análisis de la competencia, tramitación y procedimiento, recursos, plazos, prescripción, cancelación y otras garantías de seguridad jurídica. II. La lucha contra la simulación y el fraude en el percibo de prestaciones contributivas de la Seguridad Social por razón de incapacidad laboral. Sus consecuencias: 1.<sup>a</sup> La pérdida o suspensión del derecho al subsidio. 2.<sup>a</sup> Obligaciones de colaboración y reintegro. 3.<sup>a</sup> Infracción muy grave en materia de Seguridad Social. 4.<sup>o</sup> Suspensión del contrato laboral. 5.<sup>a</sup> Extinción del contrato fundado en causa objetiva. III. Conclusiones: cuadro sinóptico de la normativa. intento de sistematización.

## INTRODUCCIÓN

La *poliédrica* posición de la Administración pública militar, tal como la caracteriza Carmen Sánchez Trigueros (1), es de acuerdo a su doctrina una condición cualitativa imprescindible para examinar este sector estatutariamente impropio a la Función Pública, de por sí tan vasta, cual es el régimen del personal civil no funcionario a ella dependiente.

Siendo nuestro objeto el estudio de los resortes *jurídicos* existentes que dentro de su ámbito pueden abortar el absentismo laboral, ese referente de pluridimensionalidad que le es atribuido nos determina dos consecuencias metodológicas a tener en cuenta para su adecuado tratamiento: en primer lugar centrar su enfoque bajo la óptica interdisciplinaria y no exclusivamente jurídica, por lo que nos serviremos de otras ramas de las Ciencias Sociales como puedan ser fundamentalmente, quizá entre otras, la Historia, la Sociología o la Economía (2); en segundo lugar proponerse la meta de conseguir ahora más que nunca, desde la única perspectiva del Derecho, una comprensión global de todo el ordenamiento en su conjunto respecto al tema planteado.

Pese al acotamiento del área de nuestro análisis concretada en la Administración Castrense entendemos que si se pretende arrojar luz en esta parcela del mundo laboral a veces «tan siniestramente eclipsada» es preciso proceder a su revisión desde umbrales no exclusivamente normativos sino que, además, y por lo que a estos últimos respecta, se debe de ser consciente de que en su contexto por lo general suelen ser más deficitariamente castrenses de lo que sería habitual en otro campo del derecho que también tenga por objeto de estudio a las Fuerzas Armadas. Ello es el producto de una evidencia empírica y, por tanto, ya no sólo cualitativa sino cuantitativa: en la experiencia cotidiana se comprueba en mayor o menor grado que las ausencias del trabajo son un fenómeno común de la dinámica de toda Empresa sea ésta pública o privada.

El basamento teórico de la finalidad que nos proponemos necesita al fin y al cabo de postulados prácticos que, dicho sea de paso, no son más que el ramaje de un arbusto que se va haciendo más espeso a medida que se convierte en árbol. Es por ello que, atendiendo a razones de triangula-

---

(1) Carmen Sánchez Trigueros. «*La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares*». Murcia. 1.996. Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia.

(2) Alfredo Montoya Melgar, «*Derecho del Trabajo*», Editorial Tecnos, S.A. 8.<sup>a</sup> Edición. 1.987. Madrid. Págs 29 y 39.

ción en el método, por un lado, sin olvidar primero las premisas axiomáticas expuestas, y junto con la toma en cuenta en segundo lugar de otras visiones obtenidas gracias a la generosa ayuda de otros cercanos profesionales del derecho militar y, por especial, en su extensión también del común, a los que diariamente «se les ha hostigado» con un selecto «bombardeo» de cuestiones afines a las ausencias del trabajo, por otro lado es hora de recoger por fin el fruto de ese árbol que en su día se plantó poniendo de relieve ciertos problemas de absentismo con los que un Jefe de establecimiento de la Administración castrense puede llegar a encontrarse en su andadura directiva del trabajo. La técnica jurídica elegida para su solución será fundamentalmente positivista a través de la correlación articulada de preceptos, pero con un margen abierto a las interpretaciones legítimas permitidas en derecho (3).

El intento no es baladí ni su justificación, valga la palabra afrancesada, tampoco ninguna boutade: El absentismo es un constante y complicado fenómeno universal e interdisciplinario, esto es, carente por ello de una regulación sistemática *de lege ferenda* recomendable. Por otro lado, como consecuencia asimismo de lo anterior, facilita un claro caldo de cultivo de lagunas del derecho con dificultad de ser colmadas eventualmente. No nos extrañe, la del absentismo «se trata, en todo caso, en el derecho español, de una regulación dispersa, no explícita en ocasiones y de interpretación errática en algunos aspectos por parte de los tribunales» (4). Es más, y de ahí la afirmación anterior de «temática a veces tan siniestramente eclipsada», en el ámbito de la Administración Militar su importancia radica no sólo en el coste de oportunidad económicamente fraudulento que en su condición de Empresa supone para ella su existencia sino también en sus repercusiones sobre la Defensa Nacional y, en concreto, de la eficacia y eficiencia de una Administración que, en cuanto a los altos fines que ayuda a perseguir, tiene la principal peculiaridad de que gravita sobre ella el peso de una Fuerza —apolítica (5)— propia de la Institución a la que apoya y que, por lo que es objeto aquí de estudio, sin embargo no está reñida en ningún caso,

---

(3) Criterios del art.3.1 del Código Civil.

(4) Tomás Sala Franco, «*El régimen jurídico de las ausencias del trabajo*», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Op. Citada, pág. 9 sobre su planteamiento general.

(5) Cfr. la Sentencia 101/1.991, de 13 de Mayo, de Pleno del TC. Una crítica a la misma podemos encontrarla en Albiol Montesinos, I: «Los derechos colectivos del personal no funcionario dependiente de los establecimientos militares», REDT, núm. 10, 1.982. Págs. 173-174. Incluso para la propia Administración vid. Párrafo 2.º de la Exposición de Motivos (I) de la Ley 30/92.

más bien al contrario (6), con el consolidado impulso de la humanización en el trabajo (7) y calidad de vida característicos del Estado de bienestar.

Antes de que la última negociación colectiva representada por el IV Convenio laboral de 1.998 se predique no ya exclusivamente para con el Ministerio de Defensa sino respecto de la Administración General del Estado en la cual Aquél también se integra, podría afirmarse que en nuestro ordenamiento interno, esto es, dejando a un lado el Derecho Convencional Internacional y comunitario, en la práctica es sólo el R.D. 2.205/80 y toda la dispersa normativa relativa a la Defensa Nacional en tanto en cuanto ésta no se trata de un servicio público sino de un bien intangible «*uti universi*», la especificidad jurídica más reluciente de una ordenación, la laboral, por lo demás común (8) en su aplicación a cualquier otro tipo de Administración en cuanto tal Empresa.

Con el transcurso del tiempo, desde que el R.Decreto de 1.980 se promulgó en un contexto ya constitucionalmente democrático, no así sus

---

(6) A. Coronel Velázquez, «*El nuevo Reglamento del trabajo personal civil en Establecimientos militares*», Documentación Administrativa, núm. 4, Madrid, 1.958, pág.63, afirma que «la atención que el Ejército ha prestado siempre a los problemas de trabajo suscitados en los centros y establecimientos dependientes del mismo tiene una magnífica tradición en la legislación militar, que, adelantándose muchos años en la regulación de las relaciones laborales y de seguridad social, echó unas sólidas bases (...)». M. Vizcaíno Márquez, «*Reglamentación de Trabajo de Personal Civil no Funcionario dependiente de los establecimientos militares*», cit.pág.184, refiriéndose a la regulación de su época «...tiene claros antecedentes en el siglo pasado, cuando en medio de una libertad absoluta de contratación se establecían ya en los centros de trabajo castrenses normas de protección a los trabajadores, dictadas generosamente por el Ejército, en muchas de las que hoy podemos ver un anticipo del actual régimen laboral».

(7) Ya en las Segundas Jornadas de los Servicios Jurídicos de las Fuerzas Armadas, *Ministerio de Defensa*, Madrid, 1.985, se afirmaba que «Es de justicia llamar la atención sobre el hecho significativo de que, en adelantos de orden social en materia laboral, nunca han ido, ni muchísimo menos, las Fuerzas Armadas «detrás» de la legislación común. Más bien puede decirse que en éste, como en tantos otros casos, los Ejércitos han ido por delante, anticipándose no pocas veces a progresos sociales que, sólo después de muchos años, han llegado a ser generales en la Nación».

(8) Alfredo Montoya Melgar, «*Derecho del Trabajo*» (*Ibidem*), págs.487 y 488, señala entre una de las singularidades del R.D. 2.205/80 por el que el Gobierno cumplió el mandato de la Disp.final séptima del E.T de 1.980 la siguiente: «El contrato de trabajo del personal no funcionario en Establecimientos Militares reviste diversas peculiaridades que dimanen de la especial naturaleza y función de tales Establecimientos. *Con todo, este contrato no llega a configurarse como verdadera relación especial de trabajo, situándose a medio camino entre los contratos especiales y los comunes con particularidades*. En efecto, ni se halla incluido en la lista del art.2.1 E.T (1.980) ni ha sido expresamente declarado relación especial como éste exige. Desde el punto de vista sustantivo, el régimen de este contrato no tiene el condicionamiento único a los derechos constitucionales (art.2.2 E.T 1.980) sino el del propio E.T, en lo que sea compatible con “los intereses de la defensa nacional” (Disp.final séptima E.T.)»

inmediatos precedentes (9), el alcance de aplicación de esa especificidad ha variado hacia una tendencia menos intensiva producto de reformas legislativas. Aunque según fundada opinión de Sánchez Trigueros (10) «si se examinan los precedentes históricos de cualquier institución el Derecho español ha acostumbrado mostrar hacia el personal civil no funcionario una compleja actitud, pues si bien lo incorpora al campo de las relaciones laborales no permite que las normas que regulan el contrato de trabajo se apliquen, siendo llamativa la reiteración de sustituciones normativas apreciables en este sector productivo, *de proporciones desconocidas en cualquier otro*»; sin embargo, y esto es una modesta opinión nuestra, el preponderante protagonismo de la negociación colectiva propia ya de nuestros días y su consiguiente juego de intereses encontrados tiende a solapar esa zona de sustitución en un plano donde los actores de negociación de la Administración Militar representan la defensa de sus intereses estando situados en ciertas ocasiones -por la fuerza de los hechos más que la del derecho en sí- en el nivel inferior de la inclinación dibujada por aquél.

La explicación de la anterior y particular apreciación, independientemente de las consabidas connotaciones de tutela del trabajador propias del Derecho del trabajo (11), se debe a la interpretación restrictiva que de las históricas singularidades de la Administración Militar se suele realizar en este ámbito por los operadores jurídicos y de hecho motivadas tanto por el esfuerzo último de consenso que el patrono siempre considera conveniente en su relación con las delegaciones sindicales y de representación unitaria de los trabajadores como, desde el punto de vista técnico del derecho, por la vis expansiva de admisión de facultades que todo derecho fundamental que pueda resultar afectado por esa relación deba de dársele; en definitiva, la explicación viene dada por el gran protagonismo que en los últimos tiempos está teniendo como fuente de derecho la negociación colectiva del trabajo.

Es decir, en la práctica generalidad de las ocasiones se suele vaciar en las distintas resoluciones (12) que pueda existir al respecto, el contenido de

---

(9) Parcialmente como primer antecedente la Reglamentación de Trabajo de 16.VI.1949 y ya con carácter más inmediato la Reglamentación de Trabajo de 20.X.1967.

(10) C.Sánchez Trigueros. «*La relación laboral...*» op.cit. Pág.26 y 33. En la evolución histórica de su estudio y fijándose como finalidad la de investigar los precedentes históricos de manera tan detenida como fuere precisa la autora manifiesta que «puede adelantarse que el esfuerzo compensa porque en la mayoría de las instituciones puede advertirse un evidente *arrastré* a lo largo del tiempo, sin perjuicio de que el enfoque, en cada caso, obedezca a un impulso de continuidad o de reacción reformista.»

(11) G.Radbruch, «*Einführung in die Rechtswissenschaft*», Leipzig, 1.925, págs.153 y 154.

(12) Pej.Cfr.Sentencia del Juzgado n.º 5 de lo Social en Las Palmas en autos de demanda 219/00.

las insitas limitaciones legales que algunos derechos conllevan bajo el argumento de que las peculiaridades normativas «especiales» fundadas, por ejemplo, en la locativa singularidad de los sujetos que regulan y su íntima relación con la idea de Defensa Nacional deben ser interpretadas siempre con carácter sólo restrictivo debido precisamente a que una aplicación generalizada de esa especialidad conllevaría lesionar la titularidad indiscriminada de unos derechos concebidos como logro de la civilización occidental.

Pensemos, sin ir más lejos, en los conceptos de huelga y «establecimiento militar» y los efectos que se proyectan en la diferente latitud de este último término en un sentido —más laxo— u otro —más contraído— respecto al dilema de la imparcialidad ideológica que toda Administración debe (13) de ostentar, esto es, la no a veces fácil compatibilidad del principio de autotutela de una Administración caracterizada por la neutralidad política propia de los Ejércitos a los que integra con el respeto a aquellos derechos con los que, en su caso, atendiendo a su significación en extremo ciertamente beligerantes (14), podría llegar a colisionar debido a su naturaleza no sólo económica y social sino a veces también política o sindical. La costumbrista cristalización de esa «obligada» hermenéutica del derecho probablemente suponga para cualquier asesor jurídico de nuestra Administración tanto como aceptar con categoría de paradigma indeclinable el hecho de que en la mayoría de las ocasiones el R.D.2.205/80, reglamento en todo caso postconstitucional, sólo tenga en las Salas de Justicia una invocación más testimonial que realista a la hora de defender el derecho empresarial castrense. Aun con peligro a veces para la seguridad jurídica «se deberá» de acudir a la ponderación de otros vericuetos más psicosociales y no sólo jurídicos que son más característicos de una faceta sobre la cual generalmente el intérprete no participó: la negociación colectiva (15). Sólo así se podrá lograr una mínima persuasión en los Tribunales de Justicia a través de la fluida colaboración con el Servicio Jurídico del Estado encargado de la representación procesal de parte.

---

(13) Vid Exposición de Motivos (2.º párrafo del epígrafe I) de la Ley 30/92 de procedimiento administrativo.

(14) Ramón González de la Aleja, *«La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico críticas»*. Editorial Comares. 1.999. Granada. Pág.3. al decir en su primera nota bibliográfica que «es muy rica y abundante la teorización que tiende a caracterizar la huelga con marcada adjetivización belicista» alude a F. Carnelutti, *«Sciopero e giudizio»*, en RDP, 1.949,I, pág.13, quien expresivamente entiende que «Derecho de huelga y derecho de guerra tienen el mismo valor. Las organizaciones de trabajadores reclaman el derecho de huelga del mismo modo que el Estado reivindica el derecho de guerra.El poder de la guerra es el poder de sustraerse al derecho».

(15) Vid la Exposición de Motivos (epígrafes 4.º y 5.º) Ley 11/94 y Exposición de Motivos (párrafo 3 epígrafe II) Ley 63/97.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el argumento que Montero Calzada (16), al tratar de un apartado dedicado al concepto de establecimiento militar —con el cual discrepo respetuosamente según se observará por omitir la latente legislación de Defensa Nacional e incluso de Derecho Internacional humanitario para el caso de un hipotético conflicto armado—, se contesta así mismo a la pregunta de si *¿realmente es necesaria en el momento presente la Disposición Adicional Tercera de la Ley Orgánica 11/85, de libertad sindical?* concluyendo que «...quizá sea llegada la hora de acometer una reforma legislativa en esta materia, para permitir el ejercicio del derecho a la libertad sindical en los establecimientos militares sin cortapisa alguna, o bien permitiendo su ejercicio con algunas limitaciones. *Es un hecho que a los representantes sindicales que ejercen sus funciones en el ámbito del Ministerio de Defensa, la existencia de esa prohibición, les ha servido siempre para adoptar una actitud victimista, con la que han conseguido, en algunos aspectos, a cambio, mejores condiciones para ellos que las que tienen sus compañeros en la empresa privada, y también en la empresa pública*».

Otro ejemplo lo podría constituir la famosa Sentencia de la Audiencia Nacional, aunque de la Sección Sexta de lo Contencioso-administrativo, de 7 de noviembre del dos mil, pendiente aún de su recurso, y en la cual se invoca en su 2.º FJ. el art.7 del Convenio n.º 151 de la OIT según el cual es deber adoptar medidas para el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos sobre las condiciones de empleo, o cualesquiera otros medios que permita a los empleados públicos participar en el establecimiento de estas condiciones. Obsérvese que la Ley 31/95, en principio laboral, se aplica también a la Administración.

Por otro lado, a nivel ya de Derecho Internacional, señalaremos lo siguiente: Bajo el precedente de los Acuerdos de nuestro país con Norteamérica oportunamente prorrogados desde 1.953 está vigente el de Cooperación para la Defensa en nuestro Reino y los E.E.U.U firmado en Madrid el 1.XII.88. Su anejo octavo se completa con el Convenio colectivo (17) del personal laboral local que presta servicios a las Fuerzas de los E.E.U.U en España. Con motivo de su ejecución, teniendo en cuenta que el 12 de

---

(16) Ángel Montero Calzada, «Especificidades del Régimen Jurídico del personal civil no funcionario del MINISDEF», II Jornadas de Asesoramiento Jurídico en el Ámbito de la Defensa, 1.999, Madrid.

(17) Dicho Convenio colectivo se encuentra inscrito en el correspondiente Registro según Resolución de la Dirección General de Trabajo de 14.X.97 (B.O.E n.º 264; de Martes 4.XI.97).

Marzo de 1.986 tuvo lugar un referéndum sobre nuestro ingreso de entrada en la OTAN con el compromiso contraído de reducción de personal norteamericano en las Bases instaladas en España, y sin perjuicio de las normas de derecho necesario contenidas en la legislación laboral española, también se han ido perfilando singularidades específicas para el personal civil al servicio de las Bases para unas Fuerzas Armadas extranjeras. No haremos aquí un estudio de ese régimen sino que nos limitamos a citarlos para hacer constar que se trata en definitiva de personal contratado por el Ministerio de Defensa español y, por tanto, sería imperdonable omitir su existencia.

Asimismo, estas últimas singularidades referidas son al mismo tiempo el advenimiento de otras situaciones futuras pendientes de explorar a raíz de la definitiva incorporación española a la estructura militar integrada de la Alianza Atlántica en Abril de 1.999 con ocasión de la celebración de la Cumbre de Washington. De hecho y de derecho en la actualidad está vigente un Acuerdo provisional en Madrid de 28.II.00 entre España y la NATO, representada ésta por el Cuartel Supremo de las Potencias Aliadas en Europa, relativo a las condiciones especiales al establecimiento y explotación en territorio español de un Cuartel General Militar Internacional.

Concretamente su artículo séptimo regula el régimen del personal civil que trabaja en un Cuartel General distinguiendo el empleado directamente por dicho Cuartel General de aquel otro que lo esté por los elementos de apoyo nacionales que sean parte del Mismo.

## I. EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL PERSONAL CIVIL LABORAL NO FUNCIONARIO DEPENDIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

En los círculos de la industria ya prácticamente desde la aparición del «*Taylorismo*» (18), es decir, la organización científica del trabajo basada en la especialización y división de las tareas, se afirmaba que la escasa motivación o insatisfacción en el trabajo, producto a su vez de la falta de consideración y estímulo de un empleador cercano, son junto con otras variables de inadaptabilidad tales como la monotonía o el aburrimiento, la falta de información y participación, entre otras circunstancias ambientales, todas ellas explicativas de la ausencia voluntaria en el puesto de trabajo en tanto

---

(18) Jordi Palafox y otros. «*Curso de Historia Económica*». Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1.998. Pág. 233.

en cuanto aquélla es no sólo una patología desde el punto de vista empresarial sino que, terapéuticamente, expresa la más fácil escapatoria de un trastorno psíquico producido por un entorno hostil (19). La nueva revolución tecnológica que se anuncia (20) con ocasión de la pretendida modernización de los Ejércitos conlleva en consecuencia la sospecha de que esos peligros podrían volver a acrecentarse y los esfuerzos de un adecuado control para evitarlo no deben ser escatimados ni siquiera desde el punto de vista jurídico, propósito al que pretendemos coadyuvar. Entramos así de lleno en la problemática del absentismo y a su comprensión.

#### EL PROBLEMA DEL ABSENTISMO Y SUS MOTIVACIONES

Respecto a sus motivaciones hay estudiosos (21) que han distinguido en el plano de los hechos *el absentismo por trabajos propios o de conveniencia*, esto es, referibles al operario que tiene una actitud positiva hacia el trabajo en general pero que, al tener actividades lucrativas particulares, huyen de la Empresa cuando sus intereses personales lo demandan; *el absentismo evasivo o perezoso*, es decir, el comportamiento negativo hacia el trabajo propio del holgazán, y por último, *el aprensivo*, en el que si bien el comportamiento es adecuado a los fines del trabajo la falta de disposición al mismo proviene de la falta de vitalidad, de salud, de capacidad de esfuerzo o, simplemente de ganas.

En el plano jurídico este diagnóstico nos puede llevar así al estudio de la compatibilidad de trabajos, de la faceta disciplinaria y, por último, de la asistencia sanitaria. A ellos volveremos con posterioridad. Desde el punto de vista no ya de los hechos sino de sus justificaciones es quizá la enfer-

---

(19) Leon Tolstoi en su obra literaria «*La esclavitud de nuestro tiempo*» describe ese ambiente hostil desde su particular religiosidad y en el ámbito de la denuncia ya hecha por Ruskin sobre la semiutópica superación de la injusticia de clase; a su juicio el mayor obstáculo para conseguir el logro de esa superación lo constituye la exagerada especialización en el trabajo. «Ciertamente, es bueno y deseable producir muchos clavos al día; pero sólo con que pudiésemos ver que los estamos puliendo con arena de alma humana, serviría para que nos diésemos cuenta de que al fin y al cabo no resulta tan provechoso» (Ruskin).

(20) Vid. *Libro Blanco de la Defensa* del 2.000. Con anterioridad Pedro Morenés Eulate, Secretario de Estado de Defensa, *Revista Española de Defensa*, suplemento del n.º 141/Noviembre de 1.999, págs 46 y 47 («*La industria de defensa y el nuevo modelo de Fuerzas Armadas profesionales*»).

(21) Una exposición de la dimensión psicológica y sociológica del absentismo laboral así como la bibliografía y modelos teóricos la podemos encontrar en la obra del Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales Francisco Javier Ribaya Mallada. «*La Gestión del absentismo laboral*». Editorial Montecorvo, S.A. 1.996. Madrid. Págs. 33-62.

medad, y en muchas ocasiones su sólo simulacro, el argumento estrella de dar apariencia de necesario y justo a aquello que no lo es, papel donde los médicos y también los jefes tienen para su control una responsabilidad crucial.

Según Cayuela Dalmau (22), al ser su causa la alienación que sufre el trabajador por la falta de identificación e integración para con su Empresa, el papel del empresario no es el de esperar que aquéllos se encuentren satisfechos con sus labores sino que esa pretendida automotivación también debe estimularse por el propio directivo. Mecanismos como, por ejemplo, una mejor estructuración de sus cometidos directamente encaminados a la implicación responsable del propio trabajador en la organización del trabajo son así una de sus mejores armas. *De facto*, en ella se basa el emergente sistema *Toyota* japonés, también conocido como «ohnismo» (23) en la cultura empresarial privada. La producción «justo a tiempo» así como la desespecialización y polivalencia en el puesto de trabajo se constituyen como una eficaz contramedida de la conducta de abandono del puesto de trabajo. Con este sistema su titular disfruta de las ventajas de garantía de seguridad en el empleo, formación y aprendizaje no monótonos, de una mayor participación e integración responsable en el trabajo en grupo e, incluso, de un mejor estatus promocional y salarial, significándose que el sindicalismo persistente de rama o de industria se sustituye por otro de empresa, es decir, fundamentalmente colaborador con ella. Supone así una nueva cultura empresarial que rompe con los moldes de la tradicionalmente observada.

Para erradicarlo se tratará de abordarlo en su raíz, en el propio ambiente de cada centro de trabajo, debiéndonos preguntar si de acuerdo a esta apreciación el talante de autoridad militar y la disciplina por naturaleza clasista en tanto en cuanto de por sí jerarquizada propios del hábitat de los establecimientos a que nos estamos refiriendo incide o no en un mayor o menor grado en la generación de actitudes favorables al absentismo.

Nuestra opinión, a falta de ser corroborada desde un punto de vista cuantitativo-científico por la falta de estudios estadísticos comparativamente rigurosos, giraría alrededor de las dos siguientes conjeturas: por un lado, que el fomento de la iniciativa personal es dentro de prudentes márgenes un valor compatible con aquel estilo y a veces —sobre todo si de trabajadores de «guante blanco» se trata— hasta aconsejable en determi-

---

(22) Cayuela Dalmau, R.: «*Absentismo y motivación*». Alta Dirección, n.º 11, 1.984, págs. 49-55.

(23) Ohno, t.: *Toyota seisan Kôshiki*. Tokio, 1.978. Diamond Sha.

nados casos para evitar una excesiva burocracia, y por otro, que si el problema de fondo es el de una insaciable demanda salarial esa pregunta podría tener poco sentido debido al corsé presupuestario; no obstante, ese interrogante formulado sí deja claro que, aunque este problema afecta no sólo a la economía doméstica sino directamente a la de las entidades gestoras de la Seguridad Social en materia de indemnizaciones por incapacidad laboral transitoria, no es sin embargo exclusivamente un problema médico o económico sino de índole fundamentalmente sociológico, es decir, se encuentra estrechamente relacionado con la actitud del individuo ante el trabajo y su adaptabilidad a él, su concienciación de que el trabajo es un bien escaso y, en definitiva, de que el absentismo supone una deslealtad respecto del patrono a la vez que un acto de insolidaridad respecto de todo aquel que esté en el paro queriendo trabajar, el cual incluso puede resultar jurídicamente penalizado «sin tener arte ni ser parte» (24).

Otro interrogante que nos podemos plantear es la manera en que la ausencia en el trabajo puede llegar a afectar a la Defensa Nacional. La respuesta quizá no venga visualizada a través de la explicación únicamente jurídica del fenómeno absentista, claro ejemplo de incumplimiento contractual y de fraude, sino a través de sus efectos micro y, a la larga, también macro-económicos.

Algún que otro manual básico de la ciencia económica (25) cuando trata de las denominadas «*externalidades*», esto es, transacciones reales pero realizadas fuera del mercado y que implican intercambios involuntarios de costes o beneficios, llega a decir al respecto que aquéllas pueden ser positivas o negativas. Pues bien, así como el ejemplo extremo de externalidad positiva es el bien público (26), y más concretamente señalan como el más representativo a la propia Defensa Nacional por cuanto que, cuando un país protege su libertad y su estilo de vida lo hace para todos sus habitantes, independientemente de que éstos quieran o no la protección, inversamente el absentismo, al igual que la contaminación ambiental respecto al bien salud, o del dinero negro respecto al libre comercio y

---

(24) Sobre la dificultad del expediente de despido por causa objetiva del art.52.d del E.T según Francisco Javier Ribaya Mallada (*Ibidem*, pág. 96) aquélla «consiste en la imposibilidad de efectuar en ese expediente el cómputo del número de ausencias que pueden convertir en despido y la injusticia relativa que pueden derivarse de dicho cómputo al ser más fácil llegar a una conclusión sumando las faltas justificadas que si se suman las injustificadas, ya que estas últimas tienen que ser no prescritas ni sancionadas, *lo que da como consecuencia que sería más fácil despedir a trabajadores moralmente menos merecedores de dicha sanción*».

(25) Paul A.Samuelson y William D.Norhaus. «*Economía*». 15 Edición. Pág.32.

(26) *Ibidem*, pág.32 y nota 3.

Hacienda Pública, supone a un tiempo un claro exponente de otra externalidad en este caso negativa que, en suma, si se atiende a la interpretación «auténtica» de Defensa Nacional *a contrario sensu* puede decirse también desde la perspectiva del derecho que la conducta absentista atenta directamente contra ella. Es, entre otras manifestaciones perniciosas más o menos no necesariamente interrelacionadas que ya han sido precitadas sin ningún ánimo de exhaustividad, configuradora de la otra cara de una misma moneda.

En definitiva, por su naturaleza ontológica y peyorativa el absentismo es un suceso digno de exterminio, una más de las antinomias de la Defensa Nacional como tal bien jurídico positivamente valorado de forma unánime por todos los Estados e incluso antes en la clásica literatura medieval. Piénsese al respecto que en el nuestro sólo hay que hacer lectura del art.27.1 de la ley del Estatuto de los trabajadores, norma por cierto común, relativo a la fijación anual del salario mínimo interprofesional, para contemplar cómo se toma en cuenta para su determinación, entre otros factores, el incremento de la participación del trabajo en la renta *nacional* y la productividad media también *nacional* alcanzada. ¿Acaso aquí se observa una especialidad legal limitativa de posibles derechos laborales en aras de la Defensa Nacional? Damos la negativa por respuesta.

#### CONCEPTO Y REGULACIÓN NORMATIVA

Aunque somos conscientes de que cierta doctrina de la Sociología diferencia los vocablos «ausencia del trabajo» de «absentismo laboral» para referirse con el primero a las no presencias de derecho y con el segundo a las no protegidas por la ley, a efectos de dotar de sencillez a la exposición para nosotros no tendrán distingo alguno salvo el que resulte del propio contexto en que se invoquen.

En la normativa laboral no hay una definición «auténtica» de este evento, sino continuas referencias expresas o implícitas al mismo. Por ejemplo, en la Ley de prevención de riesgos sociales (27) o en la de conciliación de la vida laboral y familiar (28).

---

(27) Ley Núm. 31/95, de 8 de noviembre. Tiene la adaptación de sus capítulos III y V al ámbito de los centros y establecimientos militares por R.D Núm. 1932/98, de 11 de Septiembre.

(28) Ley Núm. 39/99, de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se entiende por el mismo «la abstención deliberada de acudir al trabajo». Por su parte, el Diccionario Enciclopédico Santillana lo describe como «la frecuente falta de asistencia al trabajo por motivos no justificados». Podemos así decir que sus elementos son: la falta de asistencia al trabajo, que sea frecuente y, por último, que sea «deliberada» en el sentido de que los motivos de esa frecuente ausencia no se hallen objetivamente justificados.

Son tantos los determinantes sobre este acontecer que esa diseminada referencia empírica es la que impide su definición científica, es decir, categorizada y sistematizada previamente. Ejemplos de aquéllos y su palmaria diversidad son: la existencia de ciertas modas, léase la «cultura del pelotazo», alguna costumbre local («el *san* viernes»), o ciertos dichos: «no por madrugar amanece más temprano» frente «A quien madruga Dios le ayuda»), actitudes paternalistas de los jefes y médicos, la ludópata influencia individual a los juegos de azar como loterías o quinielas, el índice de paro de un país o sector económico determinado, la directa relación entre el trabajo realizado y la satisfacción obtenida a su resulta, el mayor o menor grado de adaptabilidad y socialización al proceso laboral de un determinado establecimiento, la mayor o menor motivación de cada cual en función de la demanda que tenga su tarea o de las presiones que se sufran para su asistencia, la propia ética laboral y de adhesión al grupo y al trabajo según la expectativas ofrecidas, el saldo resultante del balance sobre la utilidad que le proporciona asistir o no según la función de relación entre renta y tiempo de ocio, la evolución de la conflictividad laboral, la coyuntura económica, el desarrollo de los sistemas de salud, el sistema tecnológico, el grado de burocratización o la estructura de autoridad, las características personales del trabajador (sexo, edad, nivel educativo, madurez, situación y apego familiar, antigüedad, su psicología, etc.) o del puesto de trabajo (estatus, retribución, indisponibilidad, ambiente), etc.

Tomás Sala Franco (29), en un esfuerzo de síntesis donde deliberadamente deja fuera las ausencias del trabajo debidas a descansos institucionalizados a los que el trabajador tiene derecho de que se les compute «como de trabajo» (art.26.1 E.T), relaciona ordenadamente el elenco de las ausencias en nuestro ordenamiento laboral:

1. Las faltas de asistencia/puntualidad injustificadas sancionadas por el empresario con despido o con sanción disciplinaria inferior. Art. 54.2.a) del E.T.

---

(29) Tomás Sala Franco, «*El régimen jurídico de...*» (*Ibidem*), págs 9-13 y 14.

2. Las mismas faltas anteriores no sancionadas disciplinariamente por el empresario.

3. Las excedencias voluntarias del trabajador. Art.46.E.T.

4. Las excedencias por cuidado de familiares. Art. 46.3 E.T.

5. Supuestos de suspensión del contrato de trabajo «*ex art.45 del E.T*»:  
a) Por mutuo acuerdo de las partes (art.45.1.a) E.T), b) por causas consignadas válidamente en el contrato (art.45.1.b) del E.T), c) por incapacidad temporal debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo con una duración máxima de doce meses, prorrogable por otros seis, cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta con curación (art.128.a) L.G.S.S) o incluso hasta treinta meses en los casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de incapacidad (art.131 bis 2 de la L.G.S.S) o por seis meses prorrogables por otros seis para los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo (art.128.b) de la L.G.S.S) (art.45.1.c) del E.T), d) Por maternidad de la mujer trabajadora durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas (arts. 45.1.d) y 48.4 del E.T), e) Por riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora para ella, para el feto o para el niño lactante derivado del puesto de trabajo, en los términos del art.26 de la L.P.R.L y hasta que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la mujer trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (arts.45 y 48 ET), f) Por adopción o acogimiento de menores de cinco años durante un máximo de dieciséis semanas (art. 45.1.d) del E.T), g) Por servicio militar o social sustitutivo. A extinguir, h) Por excedencia forzosa. Ejercicio de cargo público o de funciones sindicales (arts.45 y 46 E.T), i) Por dictarse prisión provisional, art.45.1.g) del E.T, j) Por suspensión disciplinaria de empleo y sueldo (art.45.1.h) del E.T), k) Por fuerza mayor temporal afectante a la empresa (art.45.1.i del E.T), l) Por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción (art.45.1.j) del E.T), m) Por el ejercicio del derecho de huelga (art.45.1.l) del E.T), n) Por el cierre patronal de la empresa (art.45.1.m) del E.T).

5. Los supuestos de fuerza mayor propia (inundaciones, terremotos, incendios) o impropia (huelga de transportes, accidentes de tráfico, etc.) afectantes al trabajador.

6. Los permisos y licencias legales y convencionales o contractuales.

7. Los supuestos de «*mora accipiendi*» empresarial del art.30 del E.T, suspensión gubernativa del centro de trabajo (art.53 de la L.P.R.L), parali-

zación de actividades (art.44 L.P.R.L), cierre patronal ilegal (art.15 del R.D.L.R.T.) y, por último, supuestos de «riesgo de empresa» (lluvia en la construcción, huelgas de suministros,etc.).

Tras puntualizar que «los tribunales consideran *«faltas de puntualidad»* «tanto llegar tarde al trabajo, o marcharse antes de lo debido, como ausentarse del mismo sin justificación y dentro de la jornada» (S.T.C.T. de 14.V.87, Ar/10082); y *«faltas de asistencia»* «aquellos casos en los que el trabajador no acude a su faena diaria» (S.T.C.T también anterior)» el citado autor puntualiza, a los efectos del expediente del art.52.d) del E.T sobre absentismo laboral como causa objetiva de extinción contractual, que no computarán como faltas de asistencia al trabajo a dichos efectos las ausencias debidas a: huelga legal por el tiempo de su duración, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, licencias, vacaciones, y enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tengan una duración de más de veinte días consecutivos.

No llega, por tanto, a definir el concepto de absentismo laboral sino que enumera sus tipos previstos. No obstante, por ser de aceptación tradicional en la doctrina, se puede definir como *«toda ausencia del trabajo, sea justificada o no, computable por la diferencia cronológica existente entre los tiempos de trabajo contratados y los efectivamente realizados»* (30). Con esto se excluyen las festividades y las vacaciones, los descansos y las horas no laborales de la jornada de ese carácter, es decir, nos referimos a días laborales y el elemento determinante de ese tiempo perdido es la puntualidad y la ausencia física al trabajo, no las actitudes que a veces se contemplan con motivo de la asistencia al puesto de trabajo, esto es, las distracciones de tiempo no recuperado realizadas con ocasión del mismo e impropias de su fin. A dichas distracciones se las califica (31) no de absentismo sino de *«abstencionismo»* (ejemplo: jugar a los solitarios con el ordenador). Este tipo de actitudes, si bien no son loables ni dignas de ser

---

(30) Esta definición tiene su fuente en un documento de trabajo elaborado por una ponencia del extinguido Instituto Nacional de Previsión (INP): *Tratado de Higiene y Seguridad del Trabajo*. Tomo I.Madrid,1.971.

(31) Francisco Javier Ribaya Mallada. *«La Gestión del...»*, op.cit. en pág. 115.: «Es decir, las faltas del puesto de trabajo por la motivación que sea, bien por media hora o por varias, por un día o semanas,etc.,se consideran absentismo. Sin embargo, mientras no se dé la falta del trabajador de su puesto de trabajo, justificada o injustificadamente, no se da absentismo en el sentido antes entendido.Por ejemplo, el «tiempo del bocadillo», si se recupera no será ni absentismo ni *abstencionismo*, ya que la presencia física en el puesto de trabajo se da.».

repetidas, no tienen por qué ser a veces rechazables en la medida en que, salvo que haya perjuicio al servicio, retrasos u otras anomalías, encuentran su disculpa en la idea de que lo que prima es la disponibilidad y la flexibilidad en el trabajo. El contrato laboral viene en este sentido definido como una «compraventa de energía» y la consecuencia es que el absentismo, como quiera que se traduce en una acción por omisión perjudicial para la empresa, hay que enmarcarlo en el conjunto de las obligaciones que exigen la prestación de un determinado comportamiento antes que en el conjunto de las obligaciones de puro rendimiento (productividad), al que sin embargo indirectamente afecta.

Una vez realizadas las consideraciones anteriores, ya en lo que a la regulación normativa se refiere, la única referencia que el Convenio Colectivo actual hace sobre el absentismo se encuentra en el art.45, de cuya lectura se deduce lo siguiente:

1. Que la Administración General del Estado tiene previsto potenciar en un futuro los instrumentos de su control y reducción, previo estudio de causas.

2. Que como instrumentos para su control y reducción adoptará, entre otras, medidas de mejora de los seguimientos de medición y seguimiento del absentismo.

3. Que aparte de las medidas anteriores la Administración General del Estado, en virtud de este artículo del Convenio, se halla facultada para proceder al descuento automático, calculado conforme a lo establecido para el personal funcionario, de las retribuciones correspondientes al tiempo no trabajado tanto en los casos de falta injustificada de asistencia como de puntualidad, con el único requisito de comunicar ese descuento al trabajador.

4. Que las medidas vistas en los puntos 2 y 3 anteriores de este mismo epígrafe se realizarán sin perjuicio de las medidas disciplinarias correspondientes.

#### LOS INSTRUMENTOS PARA SU ERRADICACIÓN

Antes de proceder a describirlos conviene constatar que la propia redacción del artículo 45 del Convenio evidencia la limitación de la eficacia de los medios de reducción del absentismo actualmente existentes al delegar para un futuro su potenciación. También se deja la puerta abierta a otras medidas que se puedan establecer de nueva implantación. Se es así de alguna manera consciente de que al tratarse de un proble-

ma social la receta sobre el mismo debe ser precisa y acertada para su total abolición, toda vez que la Administración o cualquier otra empresa no podrán por sí solas conseguir la meta propuesta al tener una gran influencia el entorno cultural, aspecto escurridizo que en cierta medida se les escapa.

Aunque según las anteriores coordinadas el lugar idóneo para su corrección son los convenios colectivos, un primer antecedente del planteamiento de este tema ya lo constituyó el Acuerdo Marco Interconfederal de 5.I.80 suscrito entre la UGT y la CEOE. En dicho Acuerdo la propia Administración fue requerida para la aplicación estricta de medidas de control. A dicho Acuerdo le siguió otro de 9.X.84 en el que bajo el nombre de Acuerdo Económico y Social también participó la CEPYME, reiterándose otra vez el requerimiento anterior. En todos (32), también en los famosos Pactos de nuestra «Ciudad Imperial», se subraya tanto la necesidad de cuantificar y catalogar las causas de morbilidad como la realización de campañas explicativas sobre sus perniciosos efectos económicos, para lo cual se llegaron a implantar comisiones mixtas de seguimiento del problema.

A juicio de algunos analistas (33) la práctica mayoría de convenios colectivos sólo parafrasean lo advertido en dichos Acuerdos, lo cual es criticado porque es en el Convenio el lugar de desarrollo directo y decidido de lo pactado a una escala superior. Veamos pues cuáles son esos instrumentos:

---

(32) Los Acuerdos Marco se produjeron en los primeros años de la década de 1.980. El último de ellos, el A.E.S., se firmó para los años 1.985-1986 y después del mismo no han vuelto a darse en España pactos de esta naturaleza hasta los Acuerdos Interconfederales firmados el 28 de Abril de 1.997, denominados para la estabilidad en el empleo, de negociación colectiva y sobre cobertura de vacíos. Un comentario sobre ellos lo podemos encontrar en Leodegario Fernández Marcos, «*Derecho del Trabajo*», U.N.E.D, 5.<sup>a</sup> Edición, Octubre de 1.997, Madrid, en su I Tomo, págs. 111-116.

(33) En la bibliografía de la nota anterior, pág.112, se alude a Alonso Olea en torno a la problemática de su naturaleza jurídica al decir Leodegario Fernández que al faltarles la nota definitoria del convenio colectivo de regulación directa de condiciones de trabajo, y, por ello mismo, no son convenios colectivos, sino pactos de naturaleza muy singular cuya sustancia está en la ordenación de la contratación colectiva, que en ellos se contiene; se podría decir que «*son convenios para convenir*» (Alonso Olea). En igual sentido, refiriéndose ya a la concreta problemática del absentismo y su contemplación en los Convenios, también se pronuncian Fernández de Frutos,R; García Alcalá, A.: «*Cuantificación del absentismo en los Convenios Colectivos de Trabajo tramitados en la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos*» (Seminario sobre productividad y Política de Empleo.Madrid, noviembre de 1.979).M.º de Economía, págs. 331-341.

## A) No disciplinarios

### *Las estadísticas*

Se pueden confeccionar como mínimo trimestralmente y a ellas aluden los arts.64.1 n.º 4 del E.T y art.80 punto 4.2, apartado c) del R.D. 2.205/80, debiéndose resaltar que su importancia radica en ser un eficaz medio de prueba documental en cuanto a la relevancia de los aquilatados datos que deben contener, si éstos reflejan frustración y descontento, la adecuada selección de puestos con los empleados, su contribución a una eficaz organización del trabajo, de su seguridad y seguimiento de la eficacia de sus medios e, inclusive, porque a la hora de la continuidad del mismo debe darse traslado de las mismas al Director General de Personal según los criterios de la Orden 62/94 en sus números 57 y 26.

Hay que tener en cuenta que estos preceptos se refieren a la competencia que tienen los Comités de Empresa o Establecimiento. Son de plena aplicación a tenor de lo dispuesto en el art. 88.3 del Convenio y en tal sentido aquéllos pueden exigir su confección y conocimiento; en tal caso deben elaborarse en el plazo de quince días desde que se solicitaran por prescripción expresa del art. 64 del E.T.

Respecto a su contenido, además del índice de absentismo y de sus causas, tratarán de los accidentes de trabajo, de las enfermedades profesionales y sus consecuencias, de los índices periódicos de siniestralidad, de los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y, por último, de los mecanismos de prevención que se utilicen. La competencia para su confección, de acuerdo con el art. 1 del R.D. 2.205/80 puesto en relación con el n.º 86 de la Orden 62/84, corresponde al Jefe de establecimiento y el modo en que defina sus datos de absentismo así como su registro, cálculo y presentación será fundamental para la medición adecuada. Deberá tenerse presente la cobertura de toda la plantilla y situaciones de ausencia sin que el control directo de las mismas perjudique su registro completo para conseguir así la mayor fiabilidad y detección de grupos posibles de riesgo. A este último respecto en algunas empresas se suele hacer uso de la llamada gráfica «radar», esto es, similar al radar de un barco llamado «empresa» y que muestra el curso de su rumbo según sus distintos departamentos, mientras que otras (la *General Motors* por ejemplo), olvidándose del antiguo *manu militari* sistema de «fichar» o pasar lista de presentes, se valen de una central telefónica de absentismo donde los trabajadores, previamente adiestrados con la información del anverso de su nómina, vienen obligados a llamar para comunicar unas ausencias que posteriormente serán informáticamente tratadas a diario.

### *Las medidas preventivo-informativas a la contratación*

Según la disposición transitoria única del R.D. 1.659/99 sobre información de relaciones laborales en vigor, y en concreto, de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el Jefe de establecimiento está obligado a facilitársela al trabajador que así se lo solicite, y siempre que la misma no obrara ya en poder del trabajador.

La Exposición de Motivos de dicho Real Decreto manifiesta que la información a que se está refiriendo incluye las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Si esta obligación se tornara en una habitual iniciativa llevada a cabo por todo Jefe de establecimiento ello estaría en plena coherencia con la Directiva del Consejo 91/533/CEE, de 14 de Octubre (LCEur 1.991, 1.226) que provocó el estado de la redacción actual del art.8.5 del E.T. Además, de acuerdo con el art.4 del Real Decreto de Información sobre la modificación de las condiciones de la relación laboral, en el caso de que se diera el supuesto, aquélla debe serle entregada al trabajador, en función de la entidad de cambio de que se trate, en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que la modificación sea efectiva (art.6.3 R.D), y en todo caso, por tratarse de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, cuando afecten a lo previsto en el art.2.2, esto es, a los siguientes elementos esenciales del contrato: la identidad de las partes del contrato, la fecha de duración y comienzo de la relación laboral, el domicilio social de la empresa, el centro de trabajo donde el trabajador presta sus servicios habitualmente o, en su caso, si los presta en diferentes puestos de trabajo o aquellos que sean móviles o itinerantes, la cuantía del salario base inicial, sus complementos, la periodicidad de su pago, duración y distribución de la jornada diaria de trabajo, de las vacaciones y modalidades de su atribución y determinación, los plazos de preaviso a respetar en caso de supuesta extinción del contrato, así como las modalidades de su determinación y, por último, el convenio aplicable.

### *La contratación de duración determinada*

Este tipo de contratos regulados en el art.15 del E.T y R.D. de su desarrollo (34) tienen la ventaja para el empresario de que se pueden celebrar

---

(34) R.D. 2.720/1.998 y Ley 63/97, de 26 de diciembre reformados por R.D-Ley 5/01, de 2 de Marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (política de empleo).

incluso a tiempo parcial siempre y cuando se formalicen por escrito; caso contrario obraría la presunción *iuris tantum* del art.9.1 del Real Decreto 1.659/99 de entenderlos como indefinidos, que no fijos (35). Si se realizaran en fraude de ley perderían su temporalidad y obraría la presunción, en este caso *iure et de iure*, de tenerlos por indefinidos.

Además, por si hubiere algún recelo sobre ellos (*contratos «basura»*), este tipo de contratos no afectan en principio para nada a la interdicción de no discriminación en las relaciones laborales que se prevé en el art.17 del E.T porque la nueva redacción de su tercer apartado que se implanta a raíz de la Ley 63/97 «de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida» estipula que el Gobierno puede regular, entre otras, medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo, medidas todas ellas que se orientarán a fomentar prioritariamente el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales por tiempo indefinido.

La competencia para autorizar las contrataciones de carácter temporal corresponde al Director General o a la Subdirección general de personal civil, en este último caso cuando traigan su causa en la sustitución de personal con derecho a reserva de puesto de trabajo o jubilado anticipadamente (n.º 27 y 56 O.62/94).

### *Los planes de recursos humanos y la ergonomía*

Directamente relacionado con el apartado anterior en cuanto a su procedencia, el Convenio colectivo contempla en el art.14 la planificación de recursos humanos de la organización —cuando exista un Plan de su ordenación al efecto o bien haya una propuesta motivada de su alteración por la CIVEA, previo informe de la Subcomisión departamental correspondien-

---

(35) Doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 20.I.98,21.I.98 y 27.III.98, de cuya síntesis «el matiz más importante es la imposibilidad de que la vulneración de normas sobre la contratación temporal por la Administración pueda dar lugar a la fijez a en el puesto de trabajo ya que ello implicaría desconocer los principios que inspiran el sistema de acceso a los puestos de trabajo en la Administración». Por otro lado, el Tribunal Supremo también ha destacado en torno a la contratación temporal que a) ha de reputarse fraudulenta la sucesiva contratación eventual que supera de manera reiterada la duración máxima permitida (SS.26.X.96, RJ.497; y 25.VI.97,RJ.6133), b) Se convierte en indefinido el contrato temporal utilizado por la Administración Pública, con exceso sobre sus límites temporales máximos y sin que se oriente realmente a realizar tareas excepcionales (SSTs de 11.III.97, RJ.2312 y 18.XI.98, RJ.10000).

te— como un modo de trastocar el orden de prelación para la cobertura de puestos de trabajo que se estipula en el punto 2 del art.29, esto es, reingreso, traslado, promoción profesional, movilidad entre Administraciones Públicas y, en último lugar, la convocatoria libre. Ese orden da idea por sí mismo de la importancia que puede tener la valoración ergonómica, esto es, la toma en cuenta de las circunstancias objetivamente personales del trabajador en su puesto por su directa repercusión respecto a los planes de recursos humanos. Como quiera que se le concede al respecto una gran discrecionalidad a la Administración Pública con el fin de potenciar la calidad de sus puestos en plantilla, en la práctica los planes de recursos humanos en muchas ocasiones no resultan ser más que meras declaraciones retóricas de buena voluntad. No obstante, caso de que ésta se cumpliera su competencia corresponde, como mínimo, y siempre y cuando los cuadros numéricos (art.16.1 R.D. 2.205/80) no resultaran afectados (36), al Director General de Personal en virtud de lo dispuesto en los n.º37 y 8 de la Orden 62/94.

Si acudimos a la balbuciente legislación laboral de principios del anterior siglo fue una característica de la misma mejorar las condiciones laborales de mujeres y niños. Aunque no se dijera así ello respondía a una notoria inquietud ergonómica, pero quizás también hubiera segundas intenciones más ocultas que tuvieran directamente que ver con el control del absentismo. Por ejemplo, la llamada «*Ley de la Silla*», si bien obligaba a la Empresa poner a disposición de la empleada una silla en favor de su descanso, sirviéndose así de un elemento de mobiliario podía lograrse de forma simultánea la no producción de ausencias durante el desarrollo del trabajo. En la actualidad puede llegar a ocurrir otro tanto con los medios informáticos y de telecomunicaciones; quizá el más declaradamente característico lo sea la instalación de los circuitos cerrados de televisión (37). El

---

(36) Vid art.16 y 53 R.D 2.205/80 respectivamente sobre su concepto y efectos de la extinción del contrato por supresión o reducción del cuadro numérico así como Resolución de una instrucción de 22 de Noviembre de 1993, n.º 432/15564/93, de la Dirección General de Personal del MINISDEF, en el B.O.E 31.XII.93 (n.º 313), Resolución de 15 de Julio de 1994 de la Dirección General de Trabajo para con el MINISDEF (B.O.E N.º 179, de 28.VII.94; R.L Aranzadi 2.195) relativa al Acuerdo para el personal laboral sobre cuestiones aplicables en caso de reestructuración de centros y establecimientos, a su vez parcialmente modificado por otro Acuerdo contemplado en la Resolución de 21.VII.97 (B.O.E n.º 173). También Apartado XXI de la Instrucción 23.IV.86, n.º 724/9457/86 sobre gestión de personal laboral dependiente del MINISDEF y publicada en B.O.D n.º 82 de 30.IV.86.

(37) Sobre la problemática de su incidencia con el derecho a la intimidad del trabajador no se le vulnera dicho derecho la instalación por parte de la empresa de un circuito cerrado de televisión enfocando su puesto de trabajo *para* la comprobación de sospechas sobre la comisión de graves irregularidades. Vid al respecto FJ. 5.º y 7.º de la STC 1a, S 1047-2000, n.º 15161/2000, en la que fue ponente Fernando Garrido Falla. B.O.E 1447-2000. 12.

propio Convenio también contempla en el art.66, bajo la nomenclatura «*otras formas de movilidad*», una clara medida ergonómica de esa clase que tiene su fundamento en una disminución de la capacidad del trabajador o por razones objetivas basadas ambos casos por razones de salud.

Al estar dicho precepto en un Capítulo que lleva por rúbrica «*Salud laboral y acción social*», habrá que ver en su caso las posibilidades de su adopción acudiendo para ello, además del preceptivo informe del servicio médico designado por la Administración y de su consiguiente aprobación por la Subcomisión Departamental, a la regulación sobre prevención de riesgos sociales (Ley 31/95 y R.D 1932/98 en establecimientos militares).

El Comité de Salud y Seguridad constituido en éstos tiene conferida, además de otras competencias, la facultad de su propuesta e iniciativa. Se da la circunstancia de que el Presidente de ese Comité es el mismo Jefe de Establecimiento, por lo que su amplia discrecionalidad para conceder o no la medida alegando su negativa con una no muy eventualmente concretada coetilla «*necesidades del servicio*» se puede ver también contrarrestada por tres elementos, a saber:

1) por una interpretación amplia de la definición legal de «*condición de trabajo*» en tanto que elemento reglado de carácter legal indisponible (art.4.7 puesto en relación con el 2.2 de la Ley 31/95); cabe aquí la discusión de responder si encaja en esa calificación toda depresión justificada médicamente por el trabajador.

Si la alteración psicológica del trabajador viene motivada por el distinto lugar geográfico de su puesto de trabajo respecto del paradero de su familia nuclear, el trastorno que le pueda producir la imposibilidad de reagrupamiento habiéndose alegado «*necesidades del servicio*» requerirá como medida preventiva de posibles males mayores un adecuado tratamiento y justificación concreta. En todo caso cabrá apreciar las circunstancias del supuesto como, por ejemplo, si el traslado familiar a la población del puesto de trabajo es razonablemente factible o no por la propia familia del trabajador que está bajo los efectos de esa depresión.

2) Por la propia votación resultante al respecto en el citado Comité, donde también tienen su participación los representantes unitarios de los trabajadores designados al efecto.

3) Pero sobre todo por el Dictamen pericial oficial resultante.

### *El papel de la medicina y el mejoramiento de los servicios sanitarios*

En el programa del Gobierno de lucha contra el uso indebido de la protección social y el fraude se inscribe el R.D. núm. 575/97, de 18 de abril,

que regula en materia de Seguridad Social determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal.

Además de los facultativos que están adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social sólo los médicos de las Entidades Gestoras de Aquélla o de las Mutuas pueden formular propuestas de alta médica como consecuencia de la actividad de control a la que vienen obligados los trabajadores para la percepción de prestaciones. A esta finalidad responde dicha norma junto a la regulación de la forma de expedición de los partes de baja o alta médicas. Sólo así existirá un mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado.

El *parte de baja médico* expedido por el médico del Servicio Público de Salud que haya efectuado el reconocimiento al trabajador afectado es el acto que origina la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio. Dicho parte debe ir precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual y en todo caso deberá contener, tanto el original como su copia, el diagnóstico y descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico. Es clave así que el cuidado de ese contenido se haga rigurosamente.

Los *partes de confirmación* deben ser extendidos a los cuatro días del inicio de la situación de incapacidad y, sucesivamente, mientras la misma se mantenga, cada siete días contados a partir del primer parte de confirmación. El tercero de ellos ya debe ir también acompañado de un informe médico complementario, extendido por el facultativo que expida aquél, en el que se recojan las dolencias, el tratamiento médico, la evolución y la incidencia de aquéllas sobre la capacidad funcional del interesado así como la previsión de la duración probable del proceso. Todos los siguientes partes de confirmación, con una periodicidad mensual, se acompañarán también con dicho informe médico.

En cuanto al *parte de alta médica* deberá contener el resultado del reconocimiento y la causa de alta médica.

Junto con las anteriores previsiones cada tres meses, a contar desde la fecha inicio de la baja, *la inspección médica del Servicio Público de Salud* también tiene el deber de expedir un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador. Ese informe se enviará a la Entidad Gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda.

En cuanto a las obligaciones impuestas tanto a los Servicios Públicos de Salud, empresas y trabajadores, según delimita el art.2 del citado R.Decreto, están que todos los partes anteriormente expuestos tienen que ser extendidos inmediatamente después de realizarse el reconocimiento del trabajador por el facultativo que lo formule. Mientras que el Servicio de Salud debe remitir en el plazo de cinco días desde su expedición una copia del parte de baja a la Entidad Gestora o la Mutua, después de que el facultativo le haya entregado al trabajador interesado dos copias del mismo, éste también tiene el plazo de tres días para entregar una de aquellas copias a la empresa, quien después de cumplimentar los apartados reglamentariamente establecidos y so pena de incurrir en caso contrario en alguna de las infracciones tipificadas en la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (LISO) la devolverá una vez que la selle y firme a la Entidad Gestora en el plazo de cinco días desde su recepción.

Las Entidades Gestoras o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que son las encargadas del seguimiento y control de la prestación económica y de las situaciones de incapacidad temporal, podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en esta última situación sean reconocidos por los médicos adscritos a las mismas, de forma que la negativa infundada a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la *expedición de la propuesta de alta* en los términos que se contemplan en el art.5 del R.Decreto.

Los modelos de los partes médicos se encuentran en los anexos a la Orden de 19 de Junio de 1997 (RCL 1.593) que desarrolla el R.Decreto 575/97, Orden a su vez modificada por otra de 18.IX.98 (RCL 2.354).

Esta normativa se completa con el R.D. 1.117/98, de 5 de Junio (RCL 1490), las circulares n.º 3/79, de 20 de noviembre (ApNDL 12586) y 12/79, de 26 de Noviembre, ambas del M.º de Sanidad y Seguridad Social, en lo que no esté derogado, y, por último, en el ámbito del M.º de Defensa, por la Instrucción n.º 432/06045/99, de 27 de abril, del Director General de Personal sobre tramitación de los partes de baja por incapacidad temporal derivada de accidente no laboral o enfermedad común, publicada en el B.O.D n.º 85, de 4.V.99.

Por su parte, y según R.D n.º 1300/95, de 21 de Julio (RCL 2446), la competencia para declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas, durante todas las fases del procedimiento, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, y más concretamente, respecto a las facultades que se derivan de dicha competencia, a los Directores Provinciales de la provincia en que tenga su domicilio el interesado. Es en estas Direcciones

donde se encuentran encuadrados orgánica y funcionalmente los Equipos de Valoración de Incapacidades, cuyas funciones vienen relacionadas en el art.3 de la norma y que para algunas Direcciones Provinciales ya se encuentran constituidos en virtud de Resolución de 21.01.98 de la Secretaría de Estado de Seguridad Social (RCL 263).

### *Los complementos de productividad, primas de asistencia y absentismo*

El único supuesto donde -según nuestro parecer- *a priori* podría tener sentido la aplicación de una prima de asistencia o asiduidad es para los casos que se aluden en el art.39.3 del Convenio Colectivo sobre materia de Jornada. Es decir, siendo la jornada ordinaria de trabajo efectivo la de mil setecientos once horas (1.711 hs.) en cómputo anual, señala el citado precepto que «en determinados supuestos podrá establecerse la posibilidad de jornada superior a la ordinaria con el límite de mil ochocientos veintiséis horas (1.826 hs.) también en cómputo anual, equivalentes a cuarenta horas semanales. *En dichos supuestos los trabajadores tendrán derecho a percibir los complementos que correspondan*».

Al no ser computable como horas extraordinarias el exceso de las realizadas entre la jornada ordinaria y la especial por prohibirlo expresamente el art.46.1 del mismo Texto, su retribución podría contemplarse como prima de asistencia o en su caso como un complemento de cantidad por productividad. Es en el punto 4.2 del art.75 donde se define pluralmente al mismo como «todos aquellos complementos actualmente existentes, *o que pueden crearse en el futuro*, en el ámbito de cada Departamento u organismo público y que, con denominaciones idénticas o similares, se perciben en función del rendimiento en el desempeño de los puestos de trabajo y/o por la consecución de ciertos objetivos o resultados, a determinar por los respectivos departamentos u organismos públicos».

Independientemente de que cualquier modificación sobre el régimen y características actuales de estos complementos tendrá que ser aprobada por la CIVEA a propuesta de la Subcomisión Departamental también debe tenerse en cuenta que según el apartado b) del punto 4 del art.3 del Convenio «los acuerdos de carácter o contenido económico requerirán la preceptiva aprobación de la Comisión Ejecutiva Interministerial de Retribuciones».

Un supuesto distinto, no previsto en el Convenio de la Administración General del Estado, pero sí en otras ramas de la Economía y del Trabajo, como por ejemplo en el de los ferrocarriles autonómicos, es la que se ha venido en llamar «prima de absentismo» como tal. En Sentencia que trataba de un recurso de casación ante la Sala cuarta de lo Social del Tribunal Supre-

mo de fecha 19.V.98 (RJ 1.998/4.371), donde fue ponente el Sr. Fernández López, se deduce que por aplicación del art.13 del Convenio Colectivo para 1.996-97 aplicable a la empresa «Eusko Trenbideak-Ferrocarriles Vascos, S.A», serían perceptores de la citada prima aquellos *suplementarios* que se dediquen fundamentalmente a cubrir situaciones de absentismo, es decir, aquellos que a nivel teórico no se les pueda definir su situación de trabajo en un plazo determinado y que varíen obligatoriamente su residencia o cuadro numérico, al menos tres veces al mes, significándose que tal y como reseña el fundamento jurídico quinto la prima es incompatible con la de variación de turno prevista para supuestos no idénticos.

Por otro lado, la trascendente enseñanza que se puede obtener de lo resuelto por sentencia de 1.XII.98 (RJ 1998/10185) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al invocar expresamente al absentismo por su relación con la huelga legal, es que para excluir del cómputo los días de su duración como concepto de «participación en beneficios», es decir, un posible plus de absentismo o beneficios-absentismo que un Convenio Colectivo haya podido establecer, *es determinante la buena redacción de aquél* en el sentido de que se contemple expresamente y sin ambages dicha exclusión, toda vez que es criterio de la Sala expuesto en su segundo fundamento jurídico la de considerar que si la formulación es vaga, imprecisa o genérica porque no incluya ni excluya expresamente la huelga del cómputo de absentismo «... Ante este silencio y neutralidad de la norma paccionada, ha de interpretarse la misma en el sentido más favorable a su contenido constitucional —arts.9.1 y 9.3, y 28 CE— *Cabe, incluso, admitir que la omisión «nominativa» de la huelga legal, a los efectos del cómputo de absentismo en la norma paccionada, lo que viene a señalar es que el Convenio ha admitido implícitamente la norma constitucional sobre tutela del derecho de huelga y su reflejo en la ley ordinaria —art.52,d) ET—, que, cuando la extinción del contrato por causas objetivas, debidas a ausencias al trabajo, aun justificadas, excluye de las mismas «las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración», doctrina de la Sala que es igualmente mantenida en Sentencias anteriores de 5.V.97 (RJ 1997/4615) y 10.XII.93 (RJ 1993/949)».*

## **B) Disciplinarios: las faltas y sus sanciones. análisis de la competencia, tramitación y procedimiento, recursos, plazos, prescripción, cancelación y otras garantías de seguridad jurídica**

Antes del desarrollo de este epígrafe conviene sin embargo hacer dos acotaciones previas: si, por un lado, y de conformidad con el principio de

*ultima ratio* que debe regir su aplicación, las faltas disciplinarias siempre serán las últimas soluciones del problema de absentismo, por otro lado, debe tenerse en cuenta en materia de *jornadas especiales* de trabajo lo dispuesto por R.D. 1.561/95, de 21 de Septiembre que las regula, esto es, se debe seguir el criterio de la flexibilidad en su ordenación atendiendo a las características de cada actividad, adecuación a la que la norma otorga un valor primordial al papel de la negociación colectiva (Exposición de Motivos).

En plena coherencia con ese criterio la disposición adicional primera de dicho R. Decreto dispone que «las normas en materia de jornada establecidas por disposiciones legales y reglamentarias del Estado, por convenios colectivos y contratos de trabajo *o por usos y costumbres locales y profesionales que fueran más favorables para los trabajadores que las establecidas en esta norma* no se entenderán modificadas por lo dispuesto en la misma, subsistiendo en sus propios términos sin perjuicio de su ulterior modificación en la forma que en cada caso proceda».

En cuanto a las faltas que, según el art.58 del E.T puesto en relación con el art. 80 del Convenio Único y art.5 del R.D. 2.205/80 y concordantes — n.º 85 y 86 de la Orden 62/94—, caben imponerse por la ausencia injustificada al trabajo, el abandono de su puesto y la impuntualidad en el horario, se clasifican en el art. 80 del Convenio en leves (punto 2, a.2; a.3; a.4 y a.5), graves (punto 2, b.5; b.6; b.7 y b.8) o muy graves (punto 2, c.5 y c.6), teniendo en cuenta para ello que, en suma, si el mero retraso injustificado o la no comunicación suficientemente anticipada de la ausencia por causa justificada son faltas leves, la falta de ausencia injustificada será leve, grave o muy grave según los tiempos que los tipos señalan, existiendo además la falta de la tolerancia o encubrimiento de esas conductas como una falta muy grave del Jefe o Superior en el punto 2, c.16, del art.80 del Convenio.

Respecto a los aspectos de legalidad procedimental de los expedientes sus diferencias son las siguientes:

1. *Para faltas leves:*

- Competencia: Jefe de Establecimiento. Punto 85 de la O.62/94.
- Sanciones: La amonestación por escrito o la suspensión de empleo y sueldo hasta dos días.
- Tramitación y procedimiento: Por un lado, serán impuestas previa audiencia al presunto infractor, oídos los representantes de los trabajadores y la representación sindical, en su caso; por otro lado, la sanción deberá notificarse por escrito al interesado, a los representantes de los trabajadores y a la representación sindical en caso de afiliación conocida o alegada por el interesado; y, por último, en el escrito de notificación se hará constar la fecha y los recursos que contra la misma proceda.

- Recurso: Recurso ante el Director General de Personal por tener relación con el contrato y condiciones de trabajo (n.º 32 de la O.62/94 y art.68 del R.D.2.205/80). Contra la resolución de ese recurso cabe una reclamación. El art.126 de la LRJAE, no modificado por la Ley 4/99, de 13 de Enero, dispone que «las reclamaciones que formule el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar se regirán por sus disposiciones específicas», esto es, el art.72 del R.D.2.205/80. Agotada así la vía administrativa se podría acudir en virtud del art.73 del R.D.2.205/80 a la jurisdiccional, pero sin perjuicio de la ejecución de la resolución administrativa.

— Plazo: Veinte días, computados desde la realización del hecho o de la notificación o publicación. Art.72 del R.D en relación con el art.47 y ss. De la LRJAE o de procedimiento administrativo 30/92 y 4/99.

— Prescripción: A los diez días, contados a partir de la fecha en que la Administración tuvo conocimiento de su comisión, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. Art. 83 del Convenio.

— Cancelación: La sanción impuesta se anotará en el expediente personal del sancionado (*ficha-matrícula*), y se cancelará de oficio, o a instancia de parte, una vez transcurrido el plazo de tres meses. Art. 84 del Convenio en relación con el art.69 del R.D.2.205/80, el cual dispone que se procederá a su cancelación siempre que no se incurra en la comisión de una nueva falta durante ese período de tres meses.

## 2. *Para faltas graves:*

— Competencia: Corresponde también al Jefe del Establecimiento según el n.º 85 de la O.62/94.

— Sanciones: Según el art.81 del Convenio son la inhabilitación hasta un año o la suspensión de empleo y sueldo de tres días a tres meses.

— Tramitación y procedimiento: Art. 82 del Convenio. Bien de oficio, bien por denuncia, se debe incoar un expediente disciplinario previo mediante acuerdo expreso de incoación por el Jefe del Establecimiento, quien a su vez designará en el mismo a un instructor. Dicho acuerdo tiene que ser trasladado simultáneamente al interesado, instructor, representantes de los trabajadores y Delegados sindicales y denunciante, en su caso. Como incidentes posibles pueden darse, por una parte, la recusación o abstención del instructor, incidentes que en diez días deben estar resueltos, y por otra parte, su interrupción por la existencia de un proceso penal en relación a los mismos hechos, interrupción que durará hasta que recaiga sentencia firme. Respecto a la instrucción en sí se conformará con la declaración del inculpado y otras posibles diligencias, estipulándose como plazo de pliego de cargos el de un mes desde la incoación, ampliable a

quince días más. Desde su notificación el trabajador, en diez días, puede proponer alegaciones y medios de prueba. Si la práctica de ésta se deniega ello siempre debe realizarse de forma motivada y, por último, la propuesta de resolución del instructor, para evitar también cualquier indefensión, requiere que la dé traslado junto el expediente completo tanto al trabajador como al Comité o Delegado y a la representación sindical compareciente.

— Recursos: Igual que para las faltas leves, teniendo en cuenta que el Subsecretario de Defensa resuelve los recursos contra las resoluciones dictadas por el Director General, en su caso, según dispone el n.º 10 de la O.64/94.

— Plazo: Igual que para las faltas leves.

— Prescripción: A los veinte días, y en todo caso, a los seis meses de haberse cometido. Art. 83 del Convenio. Su interrupción puede obedecer a cualquier acto propio del expediente instruido o información preliminar, incluida la audiencia previa al interesado que pueda instruirse en su caso.

— Cancelación: Por aplicación del art.84 del Convenio, un año.

### 3. *Para faltas muy graves:*

— Competencia: Por aplicación de los números 85 y 35 de la O.62/94 y art. 81 del Convenio lo será a favor del Jefe del establecimiento si se adopta la Resolución de suspensión de empleo y sueldo de tres meses y un día a seis meses, o la de inhabilitación para la promoción o ascenso por un período de un año y un día a cinco años, mientras que lo será a favor del Director General de Personal cuando la sanción sea la de traslado forzoso sin derecho a indemnización o despido.

— Sanciones: Las mencionadas anteriormente según la competencia.

— Tramitación y Procedimiento: Art. 82 del Convenio. Será igual que en el caso de las faltas graves con dos salvedades. En primer lugar aquí la incoación corresponderá al Director General de Personal si la sanción previsible es la de despido o traslado forzoso; en segundo lugar, como medida cautelar prevista en el art.82.12 del Convenio cabe la suspensión provisional de empleo cuando se considere que la presencia del trabajador en el centro de trabajo pudiera ocasionar perjuicio al servicio, o cuando razones justificadas así lo aconsejen.

— Recurso y plazo: Igual que para lo dicho en las graves.

— Prescripción: Art. 83 del Convenio. A los sesenta días, y en todo caso a los seis meses de haberse cometido. Su interrupción lo será por los mismos motivos que el de faltas graves.

— Cancelación: A los dos años según dispone el art.84 del Convenio.

Debe tenerse en cuenta que la no reincorporación al trabajo en el tiempo legalmente establecido tras una ausencia injustificada, según la mayo-

ría de sentencias de los tribunales territoriales e incluso del T.S (p.ej. 15.X.86, Ar/5829), convierte la misma en injustificada a partir de ese momento, siendo por ello causa de despido.

Por otro lado, en relación al llamado «despido tácito» que a veces se produce por abandono del mismo trabajador en su puesto la jurisprudencia, tal y como señala Tomás Sala Franco, «viene manteniendo que lo importante es que la voluntad del trabajador de dar por terminada la relación laboral «se manifieste de forma explícita, sin que deje asomo de duda sobre el propósito de sus actos», pudiendo deducirse tal voluntad de hechos, manifestaciones, actos u omisiones, tanto anteriores como coetáneos y aún posteriores al abandono». Señala al respecto la STS de 3.VI.1988, Ar.5212.

## II. LA LUCHA CONTRA LA SIMULACIÓN Y EL FRAUDE EN EL PERCIBO DE PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR RAZÓN DE INCAPACIDAD LABORAL: SUS CONSECUENCIAS

La normativa vigente (38) faculta al empresario el control de la actividad laboral en general y, en concreto, la verificación del estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo mediante reconocimiento a cargo de personal médico.

Es en este ámbito donde encuentra su aplicación el R.D 575/97. En este reglamento se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal.

La norma prevé que el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el INSALUD o las Mutuas y Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas establezcan los oportunos conciertos para coordinar la gestión de la incapacidad temporal, de forma que en su cuarto precepto se estipula que el seguimiento y control de las prestaciones y de la situación de ILT corresponde a esas entidades Gestoras o Mutuas de Trabajo.

También procede a regular la forma de expedición de los partes de baja o alta médicas para conseguir un mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado, siendo de subrayar en este aspecto, en primer lugar, que según su art.1.3 al

---

(38) (Contratos de trabajo, art.5, apartados e) y f) y art.20 del E.T, y arts.19 puntos 2 y 3 del R.D.2.205/80)

tercer parte de confirmación de baja siempre debe de acompañarse un informe médico complementario por el facultativo que extienda aquél, mientras que el art.6.3, por otro lado, al hablar de los requerimientos a los trabajadores para reconocimiento médico, dispone expresamente que «la negativa *infundada* a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la expedición de la propuesta de alta, en los términos señalados en el art.5».

El desarrollo de dicho R.D se hace por Orden de 18.IX.98 y 19.VI.97 y Circulares 3/79, de 20.XI, y 12/79, de 26.XI, en lo no derogado.

No obstante, el art.4.2 del R.D 1.300/95, a los efectos de revisión del grado de incapacidad reconocido, legitima entre otros para instar ese procedimiento de revisión tanto al Inspector de Trabajo (39) y Seguridad Social o del Servicio de Salud de que se trate como a los empresarios que sean responsables de las prestaciones e incluso, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean responsables también de aquéllas, terminando el procedimiento indicado en una Resolución del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en su calidad de autoridad laboral.

Esta resolución debe de dictarse en el plazo de ciento treinta y cinco días desde la incoación del procedimiento, pasados los cuales el silencio administrativo es negativo y permite acudir al ejercicio de la acción prevista en el art.71 de la Ley Procesal Laboral (Reclamación previa administrativa a la judicial).

*En el caso de que la Resolución obtenida permitiera deducir que ha habido fraude o simulación, las consecuencias podrían ser las que siguen:*

---

(39) Sobre la regulación jurídica de la Inspección de Trabajo como tal autoridad laboral la encontramos en la Ley 42/97, de 14 de Noviembre, sobre Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en el Reglamento sobre su organización y funcionamiento aprobado por R.D 138/00, de 14-II; es de destacar que según su art.2.2, segundo párrafo, niega su competencia para inspeccionar establecimientos militares, lo cual puede ser realizado en la práctica por la propia Administración castrense a través del área jurídica laboral de la Subdirección General de Personal Civil o, ¿por qué no?, por las asesorías jurídicas de las distintas Delegaciones de Defensa. Esta «tradición especial» tiene su origen en el Decreto de 20.II.58, en sus arts. 83 a 89 y en la actualidad apreciable en los arts. 75.4 y 77 del R.D.2.205/80.

Joaquín Cortés Robledo, en su trabajo «*problemática laboral en el ámbito de la Defensa. Inspección de Trabajo y FFAA*» publicado con motivo de las II Jornadas de Asesoría Jurídica ya anteriormente aludidas, el fundador de la Inspección de Trabajo fue precisamente un militar, el histórico General D.José Marvá y Mayer, a quien San Miguel Arribas, en su Tesis Doctoral sobre este tema publicada por el Instituto de Estudios Politécnicos en Madrid 1.952, alude diciendo «...queremos rendir aquí tributo de admiración y homenaje sincero al hombre que simboliza a todos estos inspectores, a su creador.». En dicha obra el Coronel nos ilustra de los antecedentes históricos de la figura del Inspector de Trabajo, entre ellos, y quizá como el más remoto, el de los «veedores» de los gremios o industrias manufactureras.

### *1.º La pérdida o suspensión del derecho al subsidio:*

El art.132 de la Ley General de la S.S. dispone en su apartado 1.a) que «el derecho al subsidio por incapacidad laboral transitoria podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación», y en su apartado 2, además, también dice que «el subsidio que pudiera corresponder podrá también ser suspendido cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado».

### *2.º Obligaciones de colaboración y reintegro:*

Asimismo, el art.231 apartados b) y f) de la misma ley establecen respectivamente, por un lado, la obligación del trabajador de proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o realización del derecho a las prestaciones, y por otro lado, la de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas.

### *3.º Infracción muy grave en materia de Seguridad Social:*

La redacción otrora del art.18 de la Ley llamada como «LISO» (40), y que viene dada por la Ley 50/98, de 30.XII de medidas en el Orden Social, hoy art. 26 del R.D.legislativo 5/00, de 5.VIII, dispone expresamente que «*es falta muy grave actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute, mediante la aportación de datos o documentos falsos, la simulación de relación laboral, la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas*».

El procedimiento sancionador está previsto en los arts.50 y ss. de la LISO.

Se inicia por acta de Inspección de Trabajo y S.S, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o mediante denuncia, o a instancia de persona interesada.

No obstante, antes de acudir a él, y en virtud de las recomendaciones e instrucciones que los Convenios 81 y 129 de la OIT, ratificados por España en instrumentos de 14.I.60 y 11.3.71, con el fin de potenciar las actuaciones preventivas, se puede acudir a la vía de asistencia y asesoramiento que la propia Ley 42/97 de Inspección de Trabajo y S.S prevé en el apartado 2 de su tercer precepto.

Por otro lado, y en sintonía con lo anterior, cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y siempre que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores, el Inspector de Trabajo podrá advertir y requerir al sujeto responsable, en vez de iniciar un procedimiento sancionador (art.7.1).

---

(40) R.D.Legislativo 5/00, de 5.VII.

Asimismo en virtud del art.7.2 también podrá requerirlo para que en el plazo que le señale adopte las medidas en orden al cumplimiento de la normativa de índole social, incluso con la justificación ante el funcionario actuante.

#### *4.º La suspensión del contrato:*

La suspensión del contrato de trabajo con reserva de su puesto durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente, según se prevé en el art.48.2 del E.T puesto en relación con el art.55 apartado h) del Convenio Colectivo y el art.45 apartado c) del R.D 2.205/80. Es decir, sus requisitos son: (1) Que se haya extinguido la situación de incapacidad temporal como consecuencia de una declaración de invalidez permanente, (2) Que esa incapacidad ahora permanente puede ser total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo, o gran invalidez, y (3) siempre que, a juicio del órgano de calificación, esa situación de incapacidad vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo.

Dado este supuesto el Jefe de establecimiento, según el n.º 93 de la Orden 62/94, puede proponer a la Subdirección General del Personal Civil, órgano competente según el n.º 56 de la misma Orden, la contratación de otro personal laboral para sustituir a ese personal con derecho a reserva de su puesto de trabajo, aportando información sobre tal extremo al Comité Provincial según prescribe el art.64.1, apartado 1.º del E.T.

#### *5.º La extinción del contrato fundado en causa objetiva:*

Esta alternativa tendrá lugar siempre que se den los requisitos previstos en los arts.49.1 y 52 punto d) del E.T, puesto en relación con el art.60.1 del Convenio así como con los arts.49 apartado 10, art.54.c) del R.D.2.205/80, esto es, (1) que se produzcan faltas de asistencias al trabajo, *aun justificadas*, pero intermitentes, (2) que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de un año, y (3) siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos períodos de tiempo. Como vemos, y tal como subraya Tomás Sala Franco con base en la S.T.C.T de 6.XI.79, Ar/6200, «la ley habla de «días *hábiles*», lo que excluye domingos, festivos y días de vacaciones».

A tal efecto también es importante la escrupulosidad de estadísticas con anterioridad explicadas.

La resolución del contrato para este caso sería competencia del Director General de Personal según prescribe el n.º 29 de la Orden 62/94.

El procedimiento está previsto en el art.53 del E.T y tiene el inconveniente para la Administración de que al trabajador se le debe de indemnizar con veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

### III. CONCLUSIONES Y CUADRO DE NORMATIVA. INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN

#### A. EN MATERIA DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD LABORAL

##### **A.1. En torno al absentismo en sí**

La Administración Militar puede a través de sus Jefes de establecimiento intentar abortar los problemas de absentismo de su personal laboral con medidas de control y de su reducción ya directas ya indirectas, preventivas o reactivas, entre cuya dispersión normativa se señalan principalmente las siguientes:

1.º Las estadísticas, como mínimo trimestrales, que de acuerdo con el art. 45 del C.C vigente, en relación con los arts. 64.1, n.º 4 del E.T y art. 80, punto 4.2, apartado c), del R.D. 2.205/80, pueden exigir en tal sentido los representantes de los trabajadores y que, por otro lado, de acuerdo con el último párrafo del art.45 del Convenio, debe tener conocimiento de ellas el Director General de Personal.

2.º Para los casos en que los términos de los elementos esenciales de los contratos laborales no se hallen clarificados, con arreglo al R.D N.º 1.569/98, sobre información de las relaciones laborales en vigor, el trabajador puede solicitar al Jefe de establecimiento que le dé traslado de aquélla en el plazo de un mes a contar desde que la modificación de la relación laboral, en su caso, sea efectiva.

Se debe tener presente que en el uso de una posible modificación del contrato en los términos que permite esa normativa y pese a la competencia que, según el n.º 88 de la Orden 62/94, pudiera tener el Jefe del Establecimiento, éste debiera extremar a su vez otras medidas de prudencia en la aplicación de esta medida que se halla estipulada.

Es decir, si la modificación del contrato lo fuera con carácter sustancial, además de necesitar en principio un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores para su ejecución, pudieran, sin embargo, existir circunstancias o elementos de tales características en las modificaciones que, de hecho, hicieran necesario el replanteamiento de su propia competencia, de forma

que, por ejemplo, lo que es en principio una competencia exclusiva deviniese en una competencia cuando menos compartida en otro órgano de la Administración Militar, para lo cual se deberá de atender a la Orden 62/94.

3.º El descuento retributivo automático. En virtud de la aplicación del art.45 del C.C, puesto en relación con el art.5, 20.2,20.3 del E.T y el N.º 86 de la Orden 62/94, el Jefe de establecimiento está facultado para descontar automáticamente en caso de absentismo las retribuciones que correspondan al tiempo no trabajado, bien se trate por falta de asistencia injustificada al trabajo, bien por impuntualidad, no debiéndose confundir esta medida con la de «*multa de haber*», la cual, como teórica sanción disciplinaria, se halla prohibida en el último párrafo del art.81 del C.C.

4.º La compatibilidad discrecional de la anterior medida con otra de índole disciplinaria: la anterior figura del descuento es incluso asumible con la imposición al trabajador ausente o impuntual de la falta disciplinaria correspondiente en que haya incurrido, debiéndose tener presente que, según el nivel de su gravedad, se seguirá el procedimiento previsto para cada uno de los casos.

5.º El principio de ultima ratio, la flexibilidad y el papel de la negociación en determinados casos: Antes de llegar a la imposición efectiva de una sanción disciplinaria una adecuada organización en el trabajo permite tener en consideración, primero, que no queda otra alternativa que la de su imposición para superar el problema ocasionado por el trabajador como consecuencia del absentismo, y segundo, en consonancia con ese principio jurídico de ultima ratio, cuando se trate de jornadas especiales de trabajo, al estar éstas reguladas por el R.D 1.561/95, tener presente principalmente dos criterios:

UNO: Lo que dice su propia Exposición de Motivos, es decir, y en síntesis, tener en cuenta la flexibilidad de su ordenación y, por otro lado, el alto valor que en esta materia otorga la norma citada a la negociación colectiva, que tiene en este ámbito sobre todo un valor primordial.

Sin embargo, dado el nivel de competencias de la Administración Militar, lo adecuado es ajustarse estrictamente a ellas al existir jurisprudencia sobre los «derechos adquiridos» de los trabajadores según la cual, si se demuestra que una determinada «concesión» les es atribuida en su beneficio, a no ser que se pruebe que en realidad se ha tratado de una mera liberalidad circunstancial y mutante, calificable de mero uso empresarial y de facto no incorporada al nexo contractual, se podría «correr el peligro» de un reconocimiento judicial en ese sentido.

DOS: Lo dispuesto en su disposición adicional primera, es decir, que en materia de jornadas especiales de trabajo cualquier uso, ya local, ya

profesional, más favorable para el trabajador, se superpone a lo que esté regulado por ese R.Decreto.

6.º Que en caso de no existir otro remedio, pese a los criterios anteriores, en todo caso siempre está la posible imposición de una medida disciplinaria de conformidad con la legislación vigente, de forma que, en el peor de los casos, cuando se trata de un expediente por falta muy grave las dos sanciones previstas son las de un traslado forzoso sin derecho a indemnización o el despido (disciplinario).

Es preciso observar que esta vía disciplinaria laboral no sólo se aplica para el trabajador sino que como falta muy grave (art.80 c.16 del Convenio), cabría la infracción, en su caso, de tolerancia o encubrimiento por el empresario (Jefe de establecimiento), y ello sin perjuicio de existir, caso de darse el supuesto, también la vía disciplinario-militar al tratarse de Establecimientos castrenses.

7.º Por motivo de absentismo, aunque indirectamente e incluso justificado, también cabría plantearse como medida posible la resolución y extinción del contrato fundado en causas objetivas:

A) El llamado «despido colectivo» fundado por causas objetivas previsto en el art.52, apartado c), del E.T, según su redacción actual dada por la Ley 63/97, y siempre que existiera la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art.51.1 del E.T, esto es, económicas, técnicas, organizativas o de producción.

La competencia en este caso para recabar la autorización de la autoridad laboral requerida a través de un procedimiento de regulación de empleo (R.D. 43/96, de 19.I) es del Director General de Personal.

B) La extinción del contrato fundado por causa objetiva de absentismo directamente y que se prevé en los arts. 49.1 y 52 punto d) del E.T, puesto en relación con el art.60.1 del C.C así como los arts 49 apartado 10 y art.54.c) del R.D 2.205/80.

En este caso la competencia es también a cargo del Director General de Personal y además conlleva a favor de los trabajadores una determinada indemnización.

## **A.2. Problemas de simulación y fraude en el percibo de prestaciones de la seguridad social por incapacidad temporal**

Los arts. 19 puntos 2 y 3 del R.D 2.205/80 en relación con el contrato de trabajo, los arts.5, apartados c) y f) y art. 20 del E.T, así como lo dispuesto por R.D 575/97 y sus disposiciones de desarrollo (Orden de

18.IX.98, de 19.VI.97 y las Circulares 3/79, de 20.XI, y 12/79, de 26.XI, en lo no derogado) permiten verificar al empresario el estado de enfermedad o accidente del trabajador a través de los siguientes medios:

1.º Al encontrarse en ese R.Decreto citado, la regularización de la forma de expedición de los partes de baja o altas médicas.

2.º El procedimiento de su revisión al que hablando de la legitimación para instarlo alude el art.4.2 del R.D 1.300/95 y donde efectivamente a través del mismo, incluso cabiendo la legitimación, en su caso, y entre otros, del Inspector de Trabajo y del Servicio de Salud, a través del reconocimiento de los equipos médicos, el Director Provincial del INSS lo debe de terminar mediante una Resolución al respecto, de forma que si en ésta se determinara la existencia de un posible fraude o simulación en el percibo de las prestaciones, las consecuencias a plantearse pudieran ser las siguientes:

- La pérdida o suspensión del derecho al subsidio (Art. 132 de la LGSS).

- Las obligaciones de colaboración o reintegro (arts. 231, b) y f) LGSS).

- La incoación del procedimiento sancionador previsto en el art.50 y ss. de la Ley 8/88 de infracciones y sanciones en el orden social (LISO), iniciado por acta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, y en relación a la presunta comisión de la infracción por el trabajador de la falta muy grave prevista por el art. 18 del mismo texto legal referido.

- No obstante, antes de acudir al procedimiento anterior, y por así recomendarlo la OIT (Convenio 81 y 129) con el fin, otra vez, de potenciar medidas preventivas, la Ley de Inspección de Trabajo y de la S.S facilita acudir a la vía asistencial y asesoramiento del mencionado Inspector, sin perjuicio de las advertencias y requerimientos que aquél tuviese a bien para con el trabajador afectado.

Y, por último, hay dos posibilidades más siempre que la resolución referida no contemple un caso de fraude o simulación:

UNA: En virtud de lo dispuesto por los arts. 48.2 del E.T, art. 55 apartado h) del Convenio, y el apartado c) del R.D 2.205/80, podría llegar a ser posible la suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo durante un período de dos años a contar desde la fecha de esa resolución por la que se declarase una invalidez permanente.

DOS: Nuevamente podría ser también en estos casos aplicable la extinción del contrato fundado en causa objetiva prevista en el art. 49.1 del E.T y sus concordantes, medida que antes ya incluimos para el caso de absentismo y que se incluye aquí también. Pudiera darse el supuesto de que ese absentismo se hubiera justificado por una resolución de la referida índole.

### **A.3. En materia de organización del trabajo**

Se debería tener en cuenta:

1.º Que según el art.18.1.c) del R.D 2.205/80 es un principio general el que la distribución de la jornada semanal de trabajo se ajuste a las necesidades del servicio. Para ello sirva como referencia el R.D 1.561/95.

2.º La especificidad que supone en el ámbito de la Administración General del Estado la regulación de los establecimientos militares en lo concerniente a los altos y superiores intereses de la Defensa Nacional y que, en determinados casos, pueden suponer limitaciones justificativas no sólo para los trabajadores o sus representantes sino incluso para ciertas autoridades laborales (así el Inspector de Trabajo). Esto hay que ponerlo en relación con la normativa relativa a las Zonas calificadas como de «Seguridad» en el ámbito castrense.

#### **CUADRO SINÓPTICO DE LA NORMATIVA**

##### **a) Disposiciones de Orden Laboral:**

1. Convenio colectivo actual. B.O.D. n.º 240, de 10.XII.98.
2. Convenio colectivo de 1992. B.O.E 15, en relación con la disposición transitoria 8.ª y art. 86.4 E.T: arts. 26,64.1,65,66,67 y disp.ad.7.ª
3. Estatuto de los trabajadores (E.T). R.D. leg. 1/95,24.III.
4. R.D 2205/80, de 13.VI.
5. Directiva del Consejo CE 93/104/CE, de 23.XI.93 (L.Ceur 1993,4.042) y R.D 1561/95, de 21.IX.95, BOD 190 y BOE 230, sobre jornadas especiales de trabajo. Arts 45,46 y 47 R.D 2001/83, 28.VIII y RD 2402/85, de 27.XII.85.
6. RD 1659/98, 24.VII, informador de los elementos esenciales del contrato de trabajo.
7. Resolución 432/14231/92, de 1.X. BOD 198/92.
8. Instrucción 432/15.564/93, de 22.XI. BOD 233, de 30.XI.
9. Instrucción de 23.IV.86 (RCL 2195) y Resoluciones de 15.VII.94 y de 4.VII.97 (BOE 173,21.VII).

##### **b) Disposiciones sobre la Seguridad Social:**

10. Ley General (LGSS) R.D.Leg 1/94, 20.VI (R.1825).
11. R.D 575/97, de 18.IV (R.994).

12. Órdenes de 19.VI.97 (R.1593) y 18.IX.98 (R.2354)
13. RD. 1300/95, de 21.VII. (R.2446)
14. Circular 3/79, de 20.XI (ApNDL 12586).

**c) Disposiciones de referencia:**

15. Ley 42/97 y R.D 138/00, de 14.II. Inspección de Trabajo.
16. La LISO. Ley de infracciones y sanciones en el orden social.
17. La ley 31/95 (LPRL) Ley de prevención de riesgos laborales.
18. Ley 63/97, de 26 de XII. De medidas urgentes para la mejora del mercado laboral y reformas posteriores.
19. Código Civil.
20. R.D 33/86, de 10.I, relativo a funcionarios públicos.
21. Resoluciones DGT 4.XI.98 sobre fiestas laborales y de la Secretaría de Administraciones públicas de 1.XII.98 sobre calendario de días inhábiles.

**d) Normativa ministerial y competencial:**

22. R.D 1883/96, 2.VIII, de estructura orgánica M.º de Defensa. BOE 189.
23. R.D 2206/93, de 17.XII, de creación de Delegaciones de Defensa. BOE 305.
24. Resolución 102/96, de 4.VI, de la Subsecretaría de Defensa por la que se asignan determinadas competencias en materia de personal civil, funcionario y laboral a las Delegaciones.
25. Orden 62/94, de 13.VI, del M.º de Defensa, de delegación de competencias en materia de personal civil.

**e) Sobre la Excepción de «defensa nacional»:**

26. R.D 2205/80 en relación con la Ley 8/75 y su Reglamento de Zonas e Instalaciones de interés para la Defensa Nacional aprobado por R.D 689/78, de 10.II, Órdenes de 27.IV.74,30.XI.79, 346/98, de 23.XII.

## **2. NOTAS**

## LA CORTINA NUCLEAR (1)

Dra. Elena Conde Pérez  
*Profesora de Derecho Internacional Público de la UCM*

### SUMARIO

Introducción. ¿Cuáles han sido las razones del cambio en Rusia? ¿Por qué China también ha mostrado una postura moderada ante el fin del Tratado ABM? ¿Dónde están los europeos?: ¿Cuáles son los posibles efectos del NMD/MD para Europa? ¿Existen puntos de acuerdo entre EE.UU y Europa sobre el NMD/MD? La zanahoria: el Tratado sobre reducciones estratégicas de 24 de Mayo de 2002. Consideraciones finales: ¿Existen alternativas al NMD/MD? Otros intereses en juego. De nuevo, la vuelta a la proliferación.

### INTRODUCCIÓN

Tan recientemente como el 13 de Junio de 2002, tenía efecto la retirada de los Estados Unidos de América (EE.UU) del Tratado ABM (2), que surgió como resultado del esfuerzo bilateral entre las dos potencias opues-

---

(1) Este artículo ha sido publicado en la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 5, 2002.

(2) El Tratado ABM es un tratado bilateral, cuyas partes eran los Estados Unidos de América y la antigua Unión Soviética. El Tratado, tras un período de negociaciones de dos años, que comenzaría en Helsinki, en Noviembre de 1969, se firmó en Moscú por el Presidente Nixon y por el Secretario General, L. Brezhnev el 26 de Mayo de 1972. Entró en vigor el 3 de Octubre de 1972. Los EE.UU y la antigua URSS firmaron un Protocolo al Tratado que entró en vigor en 1976 y que reducía el número de áreas de despliegue de sistemas ABM de dos a una, cada una alrededor de la capital o, en su caso, alrededor de un único área de despliegue de misiles balísticos intercontinentales. La URSS desplegó

tas en la Guerra Fría —EE.UU. y la antigua URSS— para controlar su carrera de armas ofensivas: ambas partes convinieron que limitando sus sistemas defensivos nacionales cada superpotencia sería vulnerable al ataque de la otra y la disuasión consistía, precisamente, en la precaución de

---

dicha área alrededor de Moscú, mientras que los EE.UU. optaron por no desarrollar un sistema ABM y en 1976 desactivaron su sitio en Grand Forks, Dakota del Norte, alrededor de la zona de lanzamiento de misiles balísticos intercontinentales (ICBMs) de Minuteman. El Tratado fue posteriormente modificado por enmienda y varios acuerdos comunes y protocolos. Cada cinco años se celebraba una conferencia de revisión en Ginebra.  *Vid.*, entre otros, Meredith, P.L., «The Legality of a High-Technology Missile Defense System: The ABM and Outer Space Treaties», *AJIL*, April, 1984, Vol. 78, n.º 2, p. 420.

¿Qué permite y qué prohíbe el Tratado ABM?

a) Lo por él prohibido:

— Defensas antimisiles que pudieran llegar a proteger todo el territorio de la antigua URSS y de los EE.UU. frente a los posibles ataques de los misiles balísticos estratégicos.

— El despliegue de una defensa nacional contra misiles balísticos estratégicos (el famoso «escudo» de Bush).

— El desarrollo, las pruebas o el despliegue de sistemas ABM en mar, aire, espacio o de sistemas ABM móviles terrestres y de sus componentes.

— El desarrollo, las pruebas o el despliegue de lanzaderas de interceptores de misiles (*missile interceptor launchers*) que pueden hacer blanco en más de un interceptor a la vez o que sean capaces de rápida recarga.

— Mejora de los misiles no ABM ya existentes, así como de las lanzaderas o radares con capacidades ABM y de las pruebas con los misiles, lanzaderas o radares existentes en modo ABM (esto es, contra objetivos estratégicos o misiles balísticos de largo alcance).

— Desarrollo de sistemas de radares capaces de lanzar una alerta temprana de un ataque de misiles balísticos estratégicos en cualquier otro lugar que no sea la periferia de los EE.UU. o el espacio ruso/soviético y orientados hacia el exterior.

— El despliegue de radares ABM capaces de seguir el rastro y de discriminar objetivos estratégicos atacantes y de guiar interceptores defensivos, excepto en un radio de 150 kilómetros de alguna de las defensas permitidas.

— Transferencia o despliegue de sistemas ABM o de componentes fuera de los territorios respectivos de EE.UU. o de Rusia.

b) Lo por él permitido:

— Una defensa regional de 100 interceptores de misiles terrestres para proteger cada una de las capitales o en un campo de ICBMs.

— Un total de 15 lanzaderas de interceptores de misiles para realización de pruebas.

— Investigación, trabajo de laboratorio y pruebas con sistemas de defensa de misiles terrestres fijos.

— Uso de medios técnicos nacionales para verificar el cumplimiento de los términos del Tratado (El Tratado ABM fue el primer Tratado que prohibió a un Estado Parte interferir en los medios técnicos de verificación de otro Estado Parte).

— Los Estados Partes pueden plantear cuestiones relativas al cumplimiento, así como cualquier otra cuestión relativa al Tratado a una Comisión Consultiva.

— Las defensas contra misiles de teatro con el objetivo de proteger contra misiles balísticos de corto y medio alcance.

— Propuesta de enmiendas.

*Cf.* «The Anti-Ballistic Missile (ABM) Treaty at a Glance», *Arms Control Association*, Fact Sheets, March 2002 <http://www.armscontrol.org/factsheets/abmtreaty.asp>

no disparar el primero, pues la respuesta aseguraba la destrucción mutua (lo que en sus siglas en lengua inglesa se conoce como doctrina «MAD», o *mutual assured destruction*).

Tradicionalmente, la denuncia de un tratado se ha revestido de excusas honorables, por execrables que fueran los verdaderos motivos del denunciante. En el caso del Tratado ABM, EE.UU. encontraba el campo abonado para retirarse de aquél tras un largo proceso de tiras y aflojas no sólo con los rusos, la otra Parte en el Tratado, sino también con los chinos y con los europeos. EE.UU. fundamenta su retirada del Tratado ABM en el hecho de que, muerta la Guerra Fría y comenzado un nuevo camino de amistad y cooperación con Rusia, dicho instrumento es una «reliquia del pasado» y, por si fuera poco, evita que EE.UU. despliegue sus defensas contra posibles ataques terroristas con misiles balísticos procedentes de «Estados irresponsables» (3).

Los tratados, como los contratos en derecho interno, no son fáciles de romper aunque, como en el caso presente, contengan una cláusula (artículo XV del Tratado ABM) que prevé la retirada si concurren «extraordinarios acontecimientos...que ponen en peligro los intereses supremos» de alguna de las Partes (4). De ahí la oposición inicial de Rusia y China a dicha retirada, que no era más que una pantomima, revestida de preocupación por el riesgo que tal acontecimiento pudiera tener en la lucha contra la proliferación y que ocultaba, en realidad, la necesidad de obtener condiciones de negociación ventajosas para sus intereses. Lo que explica que el ruido inicial quedara reducido a una posición sumisa y de comprensión, el 13 de Diciembre de 2001, cuando el Presidente Bush, con seis meses de preaviso, anunciaba la retirada del Tratado ABM (5).

---

(3) *Vid.* Mendelsohn, J., «Sécurité nationale et maîtrise des armements sous l'Administration Bush», *Politique Etrangère*, 4/2001, p.849 y Garrido, V., «La amenaza global: armas de destrucción masiva y misiles», *Perspectivas Exteriores 2002: Los intereses de España en el mundo*, Fride, Política Exterior Biblioteca Nueva, pp.85-90.

(4) Es necesario preguntarse si en algún momento se han puesto en peligro, seriamente hablando, los supremos intereses de los EE.UU. En opinión de los expertos, la retirada del Tratado ABM no es ni necesaria ni prudente dada la naturaleza de la amenaza de los misiles balísticos de largo alcance. El estado en que se encuentra el *national missile defense* (NMD) y el deseo ruso de modificar sus términos para permitir el propio NMD (también conocido como «escudo nuclear» o «escudo antimisiles») son una prueba de que la previsión contenida en el Artículo XV del Tratado ABM no se cumple. *Vid.* Kimball, D.G., «ABM Treaty Withdrawal: Neither Necessary nor Prudent», An ACA Press Conference, January/February 2002, *Arms Control Today*, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/pressconjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/pressconjanfeb02.asp)

(5) Es el primer caso de retirada de un tratado de seguridad internacional desde la II Guerra Mundial. En 1993 Corea del Norte anunció que se retiraría del Tratado de No Proliferación, lo que provocó una crisis cercana a la guerra, pero finalmente aquel país cambió de opinión.

## ¿CUÁLES HAN SIDO LAS RAZONES DEL CAMBIO EN RUSIA?

1. En un principio, los rusos amenazaron con retirarse, como represalia ante el anuncio de abandono del Tratado ABM por parte de los EE.UU, de los tratados de control de armamentos (START I (6), INF (7), TNP (8)), pero tal actitud hubiera sido claramente contraproducente para Rusia, para quien era preferible concentrarse en la mejora de las medidas específicas para preservar su capacidad de respuesta que en destruir los tratados internacionales simplemente para desmarcarse del unilateralismo de los EE.UU. No obstante, es comprensible la amenaza rusa si se tiene en cuen-

---

(6) Tratado de Reducción y Limitación de las Armas Estratégicas Ofensivas (START I, 1991, entró en vigor el 5 de Diciembre de 1994): establece la reducción, en fases, de las fuerzas nucleares estratégicas ofensivas de Rusia y de EE.UU en un período de siete años. El **Protocolo para facilitar la implementación del Tratado (Protocolo de Lisboa de 1992)**, que entró en vigor el 5 de Diciembre de 1994, señala que Bielorrusia, Kazajistán y Ucrania asumen las obligaciones de la antigua URSS según el Tratado. En virtud de dicho Protocolo, se comprometen a eliminar todas las armas nucleares de la antigua URSS de sus territorios en el período de siete años mencionado (antes del 5 de Diciembre de 2005) y a unirse al TNP en el más breve período de tiempo. Cf. Ferm, R. and Berggren, Ch., «Annexe A. Arms control and disarmament agreements», *SIPRI Yearbook 2001: Armaments, Disarmament and International Security*, p.663.

(7) «Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio (INF, *Intermediate-Range Nuclear Forces*) fue firmado por EE.UU. y la URSS en Diciembre de 1987 y entró en vigor en mayo de 1988. Es de duración ilimitada y está destinado a la eliminación y prohibición permanente de toda clase de misiles terrestres, tanto norteamericanos como soviéticos, de intermedio y corto alcance, balísticos y de crucero, con un alcance de entre 500 y 5500 kilómetros. Después de la desmembración de la Unión Soviética los doce países herederos entraron a formar parte del Tratado, pero solamente cuatro de ellos -Bielorrusia, Kazajistán, la Federación Rusa y Ucrania- participan con EE.UU en el régimen de inspecciones del INF que terminó el 31 de Mayo de 2001». Cf. «Informe sobre las opciones para las Medidas de fomento de la confianza y la seguridad (CSBMs), Verificación, No-Proliferación, Control de Armamentos y Desarme», Nota de Prensa M-NAC-2(2000)121 en <http://www.nato.int/docu/other/sp/2000/p00-121sp/02020101sp.htm>.

(8) Tratado de No Proliferación de armas Nucleares (TNP, 1968, entró en vigor el 5 de Marzo de 1970): prohíbe la transferencia por parte de los Estados nucleares (definidos como aquellos que han manufacturado y explotado un arma nuclear u otro explosivo nuclear antes de 1 de Enero de 1967) a cualquier beneficiario de armas nucleares o de otros aparatos nucleares o su control sobre éstos, así como la ayuda e inducción a cualquier Estado no nuclear a manufacturar o adquirir tales armas. Las Partes se comprometen a intercambiar equipamiento, material, así como información científica y tecnológica para el uso pacífico de la energía nuclear y a asegurar que los potenciales beneficios de las aplicaciones pacíficas de las explosiones nucleares se pondrán a disposición de todos los Estados Partes no nucleares. Las Partes se comprometen a desarrollar negociaciones de buena fe sobre las medidas relativas a la cesación de la carrera armamentista y al establecimiento de un tratado de desarme. Cf. Ferm, R. and Berggren, Ch., «Annexe A. Arms control and disarmament agreements», *SIPRI Yearbook 2001: Armaments, Disarmament and International Security*, p.654.

ta el estatus que, hasta ahora, el Tratado ABM aseguraba a Rusia en el mapa geoestratégico mundial. El Tratado ABM preservaba en la medida de lo posible esa condición de superpotencia que antaño tuviera la URSS y que pretendió heredar Rusia, y ello no porque mantuviera el nivel de fuerzas que tuvo la antigua URSS sino, más bien, porque era una prueba de que continuaba siendo un socio, una de las partes imprescindibles en el puzzle de la estabilidad estratégica en el nuevo marco de seguridad internacional. Además, el Tratado ABM producía sus efectos positivos en el marco de la seguridad nuclear: ya no se trata sólo de la doctrina «MAD», sino también del hecho de que la disuasión nuclear se apoya en un cálculo aproximado de las fuerzas de cada parte: al evitar que desplegara sus defensas EE.UU, el Tratado ABM conseguía limitar la capacidad contraofensiva de los EE.UU. (9).

2. Los estudios científicos y la realidad objetiva parecen confirmar que pasarán bastantes años hasta que el escudo antimisiles de los norteamericanos sea operativo (10), por lo que los rusos mantienen, en ese perí-

---

(9) Cf. Wallander, C. A., «Russia's Strategic Priorities», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/wallanderjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/wallanderjanfeb02.asp)

(10) La administración Bush pretende construir una defensa nacional antimisiles consistente en un sistema terrestre de alcance intermedio, versiones mejoradas de los sistemas de defensa de teatro y, en su caso, sistemas espaciales de defensa. Si la administración Bush ha dejado de utilizar la expresión «defensa nacional antimisiles» (NMD en sus siglas en versión inglesa, que quieren decir *National Missile Defense*) por la de «Defensa antimisiles» (MD en sus siglas en versión inglesa, que quieren decir, *missile defense*) es debido a que aquélla fue la expresión utilizada por la administración Clinton en referencia a su sistema terrestre de alcance intermedio y a que los planes de la administración Bush van más allá de ser una mera defensa «nacional». Cf. Grand, C. «La défense antimissile: un nouveau paradigme stratégique?», *Politique Etrangère*, 4/2001, pp.816-817.

Parece ser que, de los mencionados, el único sistema que estará listo para el año 2008 será una defensa terrestre de misiles de teatro en respuesta a objetivos de corto alcance (*ground based theater missile defense intended to counter short-range targets*), es decir, un sistema para proteger a las tropas desplegadas en el campo de batalla. Es éste el sistema que preveía Clinton y el que, al dejar su presidencia, verá G.W. Bush. Este sistema terrestre de alcance medio no tiene capacidad para cubrir el amplio espacio que un misil intercontinental puede sobrevolar. La administración Bush ha señalado que está desarrollando pruebas de emergencia, pero éstas serán un tanto rudimentarias y sus capacidades limitadas, es decir, el sistema no tendrá ninguna eficacia ante un lanzamiento accidental o no de Rusia o China, y tampoco ante un ataque de Iraq, Irán o Libia, pues estos países se encuentran en el Este, fuera del alcance del radar de Shemya. Cf. Coyle, Ph., «Rhetoric or Reality? Missile Defense Under Bush», *Arms Control Today*, May 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_05/coleymay02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_05/coleymay02.asp) *Vid.*, en el mismo sentido y respecto a las optimistas previsiones rusas acerca de la falta de éxito a corto plazo de los planes de defensa antimisiles norteamericanos, Wallander, C. A., «Russia's Strategic Priorities», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/wallanderjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/wallanderjanfeb02.asp)

odo, su capacidad ofensiva y, además, disponen también de tiempo para mejorar los sistemas ofensivos y poder romper, en su debido momento, el escudo desplegado.

3. Por otro lado, las prioridades del país han cambiado: las relaciones entre los dos países han mejorado y V. Putin no puede arriesgarse a perder sus oportunidades de integración y de asegurar los recursos para solucionar los terribles problemas que asuelan a Rusia. El gobierno ruso se ha percatado de que no perderá mucho en un mundo sin el Tratado ABM y que, sin embargo, tiene mucho que ganar de unos Estados Unidos deseosos de colaborar. Desde el punto de vista económico, el apoyo de los Estados Unidos es clave para la integración de Rusia en la OMC y dicho apoyo, por venir de quien viene, bastaría para lavar la imagen turbia que tienen los asuntos económicos en Rusia. Por su parte, los negocios que la UE y Rusia mantienen son sólidos, pero no suficientes ante lo que ofrecen los norteamericanos (11).

Por lo que se refiere a la **seguridad**, Rusia y Estados Unidos están de acuerdo en que la lucha contra el terrorismo (cada uno el suyo y sin inmiscuirse en sus respectivas «cuestiones internas», pero ambos apoyándose mutuamente) es la principal prioridad. El nuevo **Consejo OTAN-Rusia**, que sustituye al anterior de 1997, difícilmente habría sido posible sin el apoyo de los Estados Unidos, y para Rusia lo que sea de la OTAN como alianza militar en Europa es más importante que la defensa antimisiles porque pretende mostrarse como un vecino responsable frente a sus socios europeos (12). La operación (cuya eficacia está por demostrar), pretende

---

(11) Aneja al nuevo Tratado sobre Reducciones Estratégicas, de 24 de Mayo de 2002, se ha firmado una **Declaración sobre diálogo energético entre Rusia y los EE.UU.** EE.UU ha visto que, tras los acontecimientos del 11-S, Rusia se puede convertir en un fundamental proveedor de petróleo a EE.UU. Las expectativas son mutuas, pues Rusia ve en EE.UU un potencial inversor, consumidor y cliente: se abre la puerta a la cooperación energética y, a través de ésta, a la cooperación económica. Así, la declaración sobre la energía prevé, entre otras cosas, las siguientes:

- mayor cooperación empresarial;
- fomento de las inversiones para el desarrollo y modernización del sector energético de Rusia;
- apoyo al acceso a los recursos energéticos de rusos (petróleo y gas) a los mercados internacionales mediante el desarrollo comercial y la modernización de la infraestructura portuaria y de transportes.

(12) El Consejo OTAN-Rusia sustituye al anterior Consejo Permanente OTAN-Rusia (vigente desde 1997), que otorgaba a Rusia una posición tangencial ya que los aliados pactaban antes de cada reunión su posición común, dejando al margen a Rusia. En el Consejo OTAN-Rusia, de carácter ejecutivo y no sólo consultivo, Rusia interviene como los demás en la toma de decisiones respecto de los siguientes temas: 1. Terrorismo. 2. Defensa frente a misiles de corto alcance. 3. No proliferación de armas de destrucción masiva. 4. Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP). 5. Planes civiles de urgencia. 6. Operaciones de salvamento.

lavar la imagen de inoperancia que la OTAN ofreció desde los acontecimientos del 11 de Septiembre y le sirve a EE.UU para «vender» su denuncia del Tratado ABM. Por otra parte, esta operación supone que Rusia actúa «desde dentro» y controla la ampliación de la OTAN a, al menos, 7 de los 9 candidatos (Lituania, Letonia, Estonia, Eslovenia, Rumania, Bulgaria y Eslovaquia, dejando fuera a Macedonia y a Albania). Mientras a los miembros de la UE la ampliación de la OTAN no les seduce porque, entre otras cosas, los candidatos poco tienen que aportar en materia de defensa, a los americanos sí les vienen bien, porque así podrán disponer de ellos a la carta, como hicieron con los europeos en el caso de Afganistán.

En un futuro, Rusia puede llegar a ser miembro de pleno derecho de la OTAN, pero por el momento persisten dos problemas para que ello suceda: a) la política interior rusa sigue siendo el principal escollo toda vez que ya le ha sido concedido el «título» de país con economía de mercado tanto por el Departamento de Comercio de los EE.UU como por la Unión Europea (UE) (en Junio de 2002, en ambos casos) b) la política exterior y militar de la propia OTAN.

No obstante, los problemas que puede encontrar Putin en su apuesta en favor de la causa norteamericana son diversos:

1. La pérdida de confianza del electorado ruso, lo que tiene que ver con la economía: mientras la economía rusa vaya en alza, V. Putin se mantendrá firme en su puesto, pero se arriesga a vivir una situación similar a la de M. Gorbachov en 1991.

2. Las fuerzas de seguridad y el ejército ruso siguen desconfiando de los planes de Occidente: la cooperación y la transparencia se nublan, porque no están claras las intenciones de EE.UU respecto del desmantelamiento de las armas rusas de destrucción masiva (13).

3. A Rusia le siguen pareciendo muy rentables sus negocios con lo que EE.UU llama el «eje del mal» (14): no hace mucho tiempo, Moscú anunció un acuerdo con Teherán por el cual los rusos construirán al menos seis reactores nucleares en territorio iraní. Pero lo que ha provocado la ira de los EE.UU ha sido el acuerdo comercial a largo plazo entre Rusia e Iraq por valor de 40.000 millones de euros (15).

---

(13) Cf., Wallander, C. A., «Russia's Strategic Priorities», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/wallanderjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/wallanderjanfeb02.asp).

(14) Versión «reducida» de los denominados *rogue States* y que, incluye a Iraq, Irán y a Corea del Norte.

(15) Ante la actual crisis de Iraq, que tiene divididos a los aliados sobre la conveniencia de un «ataque preventivo» contra dicho país, que es la opción deseada por Washington, Moscú mira a los negocios fructíferos que ha mantenido con Iraq y se da cuenta

## ¿POR QUÉ CHINA TAMBIÉN HA MOSTRADO UNA POSTURA MODERADA ANTE EL FIN DEL TRATADO ABM?

Del mismo modo que ya ocurriera con Rusia, el tono de las amenazas chinas a la efectiva denuncia del Tratado ABM fue mucho más moderado de lo que parecía iba a ser cuando ésta se produjo, en Diciembre de 2001, y fue así porque China había obtenido de EE.UU. ciertas garantías respecto de su futura relación estratégica. Beijing se oponía, en primer lugar, a la construcción de un escudo antimisiles. En segundo lugar, en sus declaraciones, el gobierno chino señalaba que el Tratado ABM había sido un pilar de la estabilidad estratégica y que su abandono podía significar un riesgo para desatar la carrera armamentística. En tercer lugar, China solicitó de la administración de los EE.UU que tuviera en cuenta la Resolución de 29 de Noviembre de 2001 de la AGNU en la que, por tercer año consecutivo, se pedía el refuerzo y la preservación del Tratado. En cuarto lugar, las declaraciones oficiales chinas señalaban el importante papel a desarrollar por los EE.UU y por China, que compartirían intereses comunes en el mantenimiento de la paz mundial y que deberían encontrar soluciones duraderas en el marco de un diálogo conjunto (16). Por otro lado, pronto quedó claro que el escudo antimisiles no se dirigía contra los *rogue States* (expresión que admite, entre otras, la traducción de «Estados irresponsables»), que era el argumento utilizado por EE.UU para justificar su despliegue, que difícilmente podrían lanzar un ataque con misiles balísticos intercontinentales sino, más bien, contra China y Rusia. China necesitaba obtener ciertos datos de EE.UU para rebajar el tono de sus protestas:

- La primera cuestión controvertida consistía en saber cuál era el objetivo del NMD. China, que se pretende (y lo es) gran potencia, no quería entrar en el grupo de los denominados *rogue States* y la visita oficial a Beijing, del propio Presidente G.W. Bush y de su Secretario de Estado, C. Powell sirvieron para tranquilizar a los chinos.
- China esperaba ser tratada como una superpotencia y, por eso, a partir de Mayo de 2001 Bush empezó a consultar acerca de la cuestión de la

---

de cuánto ha venido ganando con el régimen de sanciones de la ONU contra Iraq. Rusia está interesada en mantener dicho régimen para evitar la salida al mercado del petróleo iraquí. Teniendo Iraq las segundas reservas petrolíferas del mundo, está claro que si los EE.UU entran finalmente en este país, ejercerán el control sobre los recursos energéticos y Rusia dejará de tener atractivo para EE.UU como socio estratégico.

(16) Cf. Gill, B., «Can China's Tolerance Last?», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/gilljanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/gilljanfeb02.asp)

retirada del Tratado ABM y del despliegue del escudo antimisiles con sus socios chinos.

- La escasa reacción rusa respecto de la retirada del Tratado ABM (calificando V. Putin dicha retirada, simplemente, como un «error») sirvió, a su vez, para matizar la reacción china.

- Del mismo modo que ocurriera en el caso ruso, China tiene otras cuestiones más inmediatas de las que preocuparse: con la entrada de China en la OMC el 11 de diciembre de 2001, se añadieron nuevos retos a los tradicionales problemas socioeconómicos que arrastra, uniéndose, a éstos, los políticos (cambio en el liderazgo del Partido comunista que ha tenido lugar en el otoño de 2002) (17).

No obstante, el camino no ha quedado completamente despejado:

1. El principal problema de la incertidumbre china acerca del alcance del escudo antimisiles se refiere a si Taiwán figura dentro de la estrategia defensiva de los EE.UU. A lo que se opone China especialmente es a la distribución de sistemas, por parte de EE.UU., que ligarían hasta tal punto las capacidades de EE.UU y Taiwán que China podría llegar a ver en ello, un resurgimiento del Tratado de defensa mutua Washington-Taipei de 1979 (18).

2. Es evidente que China puede modificar en un futuro no muy lejano sus fuerzas nucleares para modernizarlas y lo que, desde luego, se puede esperar es un incremento del número de sus misiles balísticos y de las cabezas nucleares que en la actualidad posee, sin olvidar las mejoras en su capacidad de mando, control, reconocimiento, sistemas de alerta temprana, incluyendo el despliegue de aparatos espaciales para apoyar todas estas funciones (19). Esta nueva tecnología, ya en desarrollo, se puede acelerar como consecuencia del fin del Tratado ABM. Por otra

---

(17) Cf. Gill, B., «Can China's Tolerance Last?», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/gilljanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/gilljanfeb02.asp)

(18) A principios de 2001 China se mostró nerviosa ante el envío, por parte de EE.UU de defensas antimisiles a la isla. G.W. Bush, tratando de tranquilizar al gran país, decidió el aplazamiento de la decisión relativa al suministro de más defensas antimisiles a Taiwán y modificó la venta de armas anual a dicha isla para establecer un sistema más flexible. Cf. Gill, B., «Can China's Tolerance Last?», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/gilljanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/gilljanfeb02.asp)

Por otra parte, el desarrollo de interceptores en el mar, algo que, ante su indefinición, no se sabe si la NMD llegará a tener o no, preocupa especialmente a Pekín por su virtualidad para extender la protección del «escudo» sobre Taiwán. Vid. Shen, D., «République Populaire de Chine: défense antimissiles et sécurité nationale», *Politique Etrangère*, 4/2001, p.905.

(19) Cf. Gill, B., «Can China's Tolerance Last?», *Arms Control Today*, January/February 2002, <http://www.armscontrol.org/act/2002-01-02/gilljanfeb02.asp>.

parte, China podría embarcarse en una exportación a gran escala de su tecnología a los «rogue States», como Corea del Norte e Irán y entonces sí que comenzaría a tener sentido el escudo antimisiles (20). Es conveniente llamar la atención de los norteamericanos no sólo sobre los riesgos que la NMD/MD podría tener sobre el desarrollo de armamento ofensivo en China, sino también acerca de la relación existente entre la postura nuclear rusa y la postura nuclear china: Moscú no quedará inerte ante un incremento del arsenal nuclear chino. El despliegue masivo del equivalente chino a los cohetes soviéticos SS-20 podría poner en tela de juicio uno de los grandes logros del fin de la Guerra Fría, que es el Tratado americano-soviético de 1987 que prohíbe los misiles de alcance intermedio (INF) (21).

3. Lo que está en juego es la desconfianza mutua entre China y EE.UU. En EE.UU la desconfianza abarca aspectos tan diversos como el sistema político chino, su postura hacia Taiwán, la política de proliferación que puede emprender, su capacidad para mantener como «reheñes nucleares» a ciertas ciudades norteamericanas..., son, todas ellas, cuestiones que dividen no sólo a la sociedad de este país, sino también a su administración. La desconfianza china, por su parte, hace referencia a que la hegemonía norteamericana no es contemplada con buenos ojos (22).

## ¿DÓNDE ESTÁN LOS EUROPEOS?

A la pregunta de si **es válido el NMD como alternativa a la disuasión**, el análisis que realizan los europeos diverge frontalmente del realizado por los americanos.

La actual administración norteamericana ha buscado una ficticia justificación al NMD/MD en el posible ataque que podrían recibir de los *rogue States*, expresión de difícil traducción que, en todo caso, hace referencia a los Estados que cumplen las siguientes características:

1. rechazo al *status quo* internacional;

---

(20) Cf. Peña, Ch. and Eland, I., «Withdrawal is Premature», *Arms control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/penajanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/penajanfeb02.asp)

(21) Cf. Heisbourg, F., «Défenses antimissiles: l'analyse stratégique et l'intérêt européens», *Politique étrangère*, 3/2001, p.626.

(22) Cf. Gill, B., «Can China's Tolerance Last?», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/gilljanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/gilljanfeb02.asp)

2. recurso posible al terrorismo de Estado y a la posible utilización de armas de destrucción masiva (23);

3. comportamiento irracional (24).

Por supuesto, este punto de vista diverge del europeo pues, en Europa, Irán, Iraq o Corea del Norte no se consideran más desestabilizantes, más

---

(23) Pese a lo señalado en el texto, es preciso hacer notar que resulta más que improbable que un ataque terrorista se produzca con misiles balísticos. La justificación empleada por G.W. Bush para el despliegue nuclear no es creíble. En su discurso de 1 de Mayo de 2001 en la Universidad Defensa Nacional y repetido hasta la saciedad posteriormente, dijo lo siguiente:

- la amenaza provendría de un «Estado delincuente»;
- el ataque sería con misiles balísticos y con una alta probabilidad de que éstos portasen carga nuclear, química o biológica.

Pero la realidad es la siguiente:

a) Los misiles balísticos susceptibles de llevar carga nuclear, química biológica no están al alcance de los grupos terroristas.

b) Es dudoso que el NMD/MD llegue a proteger a Estados Unidos y sus aliados ante un ataque masivo con misiles balísticos y portadores de una carga de destrucción masiva.

c) Es más probable que se produzca un ataque con misiles de crucero o con la difusión en la atmósfera de agentes químicos o biológicos.

Los misiles de crucero vuelan a baja altura, con lo que difícilmente pueden ser detectados. También plantean riesgo los vehículos aéreos no transportados porque no son percibidos por los sistemas de radares. Estos vehículos, difícilmente son controlados, porque de los cuarenta Estados que tienen capacidad para producirlos, sólo treinta y cuatro están sujetos al sistema de control del MTCR (Régimen de Control de Tecnología de Misiles, «política de exportación común de carácter voluntario, llamada «Directrices», aplicada a una lista común de productos sometidos a control, incluyendo los equipos y la tecnología necesarios para el desarrollo, la producción y la utilización de aquellos misiles con capacidad superior a 300 Km (y vehículos aéreos no tripulados) susceptibles de portar una carga de destrucción masiva»). Cf. Garrido Rebolledo, V., «Nuevas amenazas para la seguridad», *Política Exterior*, Vol. XV, Noviembre/Diciembre 2001, n.º 84, nota 2, p.149.

Así, la solución no se encuentra tanto en el NMD/MD sino, más bien, en dos opciones que propone V. Garrido Rebolledo:

a) refuerzo de los controles a la exportación de determinados productos y tecnologías de doble uso;

b) refuerzo de los sistemas de defensas aéreas de Estados Unidos y de sus aliados, que sería menos costoso que el NMD/MD. Cf. Garrido Rebolledo, V., «Nuevas amenazas para la seguridad», *Política Exterior*, Vol. XV, Noviembre/Diciembre 2001, n.º 84, p.151.

(24) **¿Quiénes son los «Estados rebeldes»?**

1. IRAQ:

- Objetivo prioritario de la administración Bush porque puede atacar a Israel.
- Puede invadir países vecinos.
- Puede provocar el cierre de los canales de navegación que alimentan de petróleo a Europa y Estados Unidos.

• Los motivos de la «guerra preventiva» que, desde Septiembre de 2002, G.W. Bush preconiza contra este país, amparándose en su supuesta acumulación de armas de destrucción masiva, se explican, más bien, atendiendo a las coordenadas anteriores.

2. COREA DEL NORTE:

- Sería respondida si atacara a Corea del Sur y a los 36.000 militares estadounidenses que hay en la zona desmilitarizada entre ambas Coreas.

irracionalles o más criminales que cualquiera de las repúblicas surgidas de la antigua URSS. Eso no significa que los europeos no reconozcan los riesgos que pueden venir de los Estados perturbadores, pero eso no les lleva a preferir la opción militar a la política (como la continuación en los esfuerzos multilaterales de no proliferación o el compromiso bilateral) (25).

### ¿CUÁLES SON LOS POSIBLES EFECTOS DEL NMD/MD PARA EUROPA?

En la medida en que el NMD/MD supondrá una reestructuración de las fuerzas armadas norteamericanas ello tendrá su influencia en Europa en un doble sentido:

1. La reestructuración de las fuerzas armadas americanas, conducirá a los europeos a realizar las inversiones necesarias, tanto para suplir las reducciones de las fuerzas americanas en Europa, como para evitar que se agrande el *gap* entre las capacidades técnico-militares de Europa y de los Estados Unidos. Lo cual, en sí, no es negativo, pues Europa debería tomar, de una vez, las riendas de su defensa para ser creíble (26).

---

#### 3. IRAN:

- Tiene intenciones hegemónicas en Afganistán;
- Apoya a Hizbulá en El Líbano.
- Apoya a los palestinos.

#### 4. LIBIA:

- Puede desestabilizar las líneas marítimas del Mediterráneo.
- Ha apoyado históricamente al terrorismo.
- Es enemigo de Israel.

#### 5. SIRIA:

• Sería castigada si ataca a Israel o si ayuda militarmente a los grupos terroristas palestinos.

#### 6. CHINA:

- Está renovando sus arsenales convencionales y nuclear.
- Podría atacar a Taiwán.

#### 7. RUSIA:

• Aunque la administración norteamericana no lo considera «país enemigo», dispone de 6.000 bombas nucleares convencionales más otras 10.000 de pequeño tamaño cuya seguridad no está garantizada.

Cf. «Seguridad colectiva y defensa nacional. Bush pide al Pentágono un plan para utilizar armamento nuclear» [http://www.belt.es/noticias/02marzo/1115/11\\_ataque\\_nuclear](http://www.belt.es/noticias/02marzo/1115/11_ataque_nuclear).

(25) Cf. Heisbourg, F., «Défenses antimissiles: l'analyse stratégique et l'intérêt européens», *Politique étrangère*, 3/2001, p.620-621.

(26) Vid. sobre esta cuestión, en la obra colectiva *Política de seguridad de la Unión Europea: realidades y retos para el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, editada por G. Palomares Lerma, los siguientes estudios: Andrusyszyn, W., «Identidad europea de seguridad y defensa», pp.135-143; Bardají, R., «La defensa europea: promesas y frustraciones», pp.187-196; Ortega Klein, A., «La agenda trasatlántica y la relación entre la Unión

2. La componente espacial de la defensa antimisiles, a través de la puesta en marcha de una red de satélites que permitan detectar y seguir los satélites lanzados, será uno de los elementos de la nueva política de dominación militar del espacio y ello, como se señalará más adelante, puede perjudicar seriamente los intereses (civiles) de los europeos (27).

¿EXISTEN PUNTOS DE ACUERDO ENTRE EE.UU Y EUROPA SOBRE EL NMD/MD?

Desde el punto de vista militar, se plantea el desarrollo de programas de cooperación entre EE.UU y sus aliados europeos. Programas ya en marcha como los misiles «Aster» entre Francia e Italia o el MEADS (*Medium Extended Air Defense Systems*) entre Estados Unidos y Alemania e Italia son infrecuentes y la propia NMD/MD podría servir de acicate a la cooperación, tanto más cuanto que ciertos de los ingenios antimisiles americanos exigen el concurso de los Estados europeos, caso de los radares de Fylingdale, en Inglaterra y de Thulé, en Groenlandia, o de las facilidades portuarias que habrá que prestar a los navíos lanzamisiles SM-III. Por lo que se refiere a los satélites de alerta, parece especialmente necesaria la puesta en común (ya sea tecnológica, ya sea de compartir los datos obtenidos) entre los Estados Unidos, Europa y Rusia. Ambos ámbitos son compatibles con la defensa antimisiles norteamericana, de un lado, y con la PESCD, de otro (28), aunque habría que considerar hasta qué punto la NMD/MD no es un obstáculo (más) de la actual administración de los EE.UU hacia la identidad europea de defensa.

Por lo que se refiere a las reglas a las que se debería el NMD/MSD, una vez desplegado, habrían de ser, a ojos de los europeos las siguientes:

1. Los Estados Unidos deberían unir al proyecto de defensa antimisiles una estrategia ampliada de no proliferación nuclear. Eso implicaría reforzar los controles multilaterales a la exportación, los regímenes globales de control de armamentos y las alianzas de seguridad regionales. Asimismo, los Estados Unidos deberían continuar en sus esfuerzos para tratar

---

Europea y los Estados Unidos en materia de seguridad», pp.117-135. Así como Hilger, M., «Défense européenne et contrôle démocratique: une tâche par la Convention sur l'avenir de l'Europe», *Politique Etrangère* 2/2002, pp.455-470.

(27) Cf. Heisbourg, F., «Défenses antimissiles: l'analyse stratégique et l'intérêt européens», *Politique étrangère*, 3/2001, p.627.

(28) Cf. Heisbourg, F., «Défenses antimissiles: l'analyse stratégique et l'intérêt européens», *Politique étrangère*, 3/2001, p.628-630.

de convencer a otros países a abandonar sus programas de misiles balísticos. En este sentido, EE.UU obtuvo un éxito en los años 90 persuadiendo a Argentina, Brasil, Egipto y Africa del Sur a «no proliferar». Se debería ensayar la misma fórmula, en vez del uso de términos amenazantes, con Corea del Norte (como se hizo en la reunión entre M. Albright y Kim Jong II en el año 2000), Iraq (con la doctrina de la «guerra preventiva» acuñada por EE.UU en su Estrategia de Seguridad Nacional (Septiembre 2002) para hacer frente a su supuesta, desestabilizadora y amenazante acumulación de armas de destrucción masiva se persiguen otros fines) e Irán.

2. Las defensas antimisiles deberían estar destinadas a defender a los Estados Unidos, aliados y amigos, contra ataques lanzados por nuevos poseedores de misiles balísticos, no por Rusia o China (29). Los europeos veían con buenos ojos la inicial y luego reconsiderada hasta la nada propuesta de Rusia, consistente en la adopción de una postura conjunta en la defensa antimisiles, incluyendo a los miembros de la OTAN, a Rusia y a EE.UU: se trataría de evaluar la amenaza para, a continuación, revisar los posibles sistemas para hacerle frente y, finalmente, desarrollar una respuesta de común acuerdo. Por su parte, J. Chirac, en la cumbre de Gotemburgo (Junio 2001) propuso la tesis expuesta en la cumbre franco-alemana de Friburgo de Junio de 2001 y, en función de la cual, antes de dar por terminado el Tratado ABM habría que revitalizar el Convenio de 1987 sobre control de tecnologías de misiles y celebrar una conferencia mundial sobre la cuestión, pero las disensiones se percibieron cuando, en el seno de la UE, los primeros en ceder a los planes de G.W. Bush fueron España, Gran Bretaña e Italia (¿Los más aliados?).

3. Las defensas antimisiles han de ser probadas y sólo desplegadas cuando se demuestre su eficacia y, hasta ahora, todo parece indicar que habrán de pasar bastantes años hasta que el sistema sea operativo (30).

Por el momento, en cambio, la realidad demuestra que poco importa lo que tengan que decir los europeos, pues en la nueva relación estratégica

---

(29) De hecho, el escudo antimisiles pretende extender el perímetro defensivo de los EE.UU, concebido en un sentido ya de por sí amplio, esto es, tendente a defender los intereses de seguridad nacional de los EE.UU. en cualquier región del mundo y a responder a cualquier crisis en todas esas regiones. Se considera que el escudo dará a los EE.UU. libertad de acción para operar con relativa impunidad a lo largo y ancho de este mundo. No se debe olvidar que tal forma de pensar puede dar a los EE.UU una falsa sensación de seguridad que puede ser la base de su propia inseguridad. *Vid.* Peña, Ch. and Eland, I., «Withdrawal is Premature», *Arms control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/penajanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/penajanfeb02.asp)

(30) *Cf.* Lindsay, J.M., «La politique américaine de défense antimissile: la troisième fois sera-t-elle la bonne?», *Politique étrangère*, 3/2001, pp.642-644.

entre Rusia y EE.UU, Europa no es un socio, sino un «objeto de protección», el «hermano menor» (31): de hecho, el NMD/MD se pretende que extienda su sombra sobre Israel, los miembros europeos de la OTAN, Canadá, Australia y Japón, y el paso de la protección al clientelismo es muy corto.

## LA ZANAHORIA: EL TRATADO SOBRE REDUCCIONES ESTRATÉGICAS DE 24 DE MAYO DE 2002

«El resultado del fin del Tratado ABM es una nueva relación estratégica cuyo elemento jurídico es el Acuerdo sobre Reducciones Estratégicas firmado el pasado 24 de Mayo entre EE.UU y Rusia y que parecía ser el comienzo de un nuevo camino en pos de la no proliferación. Nada más lejos de la realidad» (32).

El Tratado es muy breve, consta de 5 artículos más el Preámbulo y su contenido es el siguiente:

— artículo 1: señala que ambas partes se comprometen a disminuir el número de sus respectivas cabezas nucleares hasta un máximo de 1700-2200 para el año 2012.

— artículo 2: el Tratado START I, tal y como quería Rusia, continúa en vigor, y también, por tanto, sus sistemas de control que permiten realizar inspecciones en los lugares donde se guardan las ojivas nucleares y establece un canal de diálogo y consultas periódicas (33).

— artículo 3: prevé la creación de una comisión bilateral de implementación que deberá reunirse dos veces al año.

— artículo 4: el Tratado, de nuevo, tal y como quería Rusia, un documento vinculante, habrá de ser ratificado por los Parlamentos de cada uno de las Partes.

— artículo 5: el Tratado deberá ser registrado ante la ONU.

---

(31) En una de las Declaraciones políticas, aneja al acuerdo sobre Reducciones Estratégicas de 24 de Mayo de 2002, la titulada «Defensa Antimisiles, Nuevas Reducciones Estratégicas Ofensivas, Nuevo Mecanismo Consultivo sobre Seguridad nuclear», se incluye, entre otros, el siguiente párrafo:

«*The United States and Russia will, within the framework of the NATO-Russia Council, explore opportunities for intensified practical cooperation on missile defense for Europe*», que es, sintomática acerca de en qué lugar queda Europa.

(32) Cf. Conde Pérez, E., «La cortina nuclear», diario *La Gaceta de los Negocios*, 27 de Junio de 2002.

(33) El Tratado START de 1991 continúa en vigor, siendo partes en el mismo, Bielorrusia, Kazajistán, Rusia, Ucrania y los EE.UU. El sistema de verificación del Tratado START servirá para establecer un sistema de predictabilidad y de transparencia en relación con el nuevo tratado bilateral.

En función de este acuerdo, los EE.UU y Rusia reducirán sus cabezas nucleares estratégicas a un nivel de 1700-2200 para el 31 de Diciembre de 2012. El Tratado codifica las reducciones anunciadas por el Presidente G.W. Bush en Noviembre de 2001 en la Cumbre Washington/Crawford y por el Presidente V. Putin en dicha Cumbre un mes después. Es parte del nuevo marco estratégico existente entre EE.UU y Rusia, marco que incluye una amplia gama de esfuerzos de cooperación en variados ámbitos, como el político, el económico, la seguridad (34).

Pero el Tratado sobre reducciones ofensivas estratégicas, de 24 de Mayo de 2002 es engañoso. No define que cabezas estratégicas cubre o cómo se va a realizar el recuento de las armas estratégicas, y ello tiene importancia, porque pueden surgir diferencias de interpretación entre las Partes, ya que EE.UU., por ejemplo, a la hora de aclarar estos conceptos, se ha remitido al anuncio del 13 de Noviembre de 2001 en que el presidente G.W. Bush señaló que pretendía reducir el número de las armas estratégicas «operacionalmente desplegadas» (*operationally deployed*), con lo que parecía dar a entender que el Tratado sólo hacía referencia a este tipo de armas nucleares acompañadas de sus vehículos de distribución y preparadas para el lanzamiento. Distinta, en cambio, es la interpretación rusa al respecto, que entiende que esos aspectos problemáticos habrán de ser aclarados por la Comisión Bilateral que el propio Tratado prevé, lo que, a su vez, ha provocado la reacción de EE.UU que entiende que la Comisión no ha sido creada para tales fines (35). Ciertamente, tampoco se habla, en el texto del acuerdo, de «destruir» las cabezas nucleares hasta los límites permitidos por el mismo, sino que la opción queda en manos de las partes, que podrán elegir entre destruir y almacenar: a Rusia se le ha ofrecido la zanahoria de un texto jurídicamente vinculante, pero sabe que si sigue lo que más le conviene económicamente —destruir—, la tendencia será irreversible. Por su parte, EE.UU. ya ha anunciado oficialmente que,

---

(34) El Tratado de sobre reducciones estratégicas va acompañado de una «**Declaración sobre las nuevas relaciones estratégicas**» más cuatro declaraciones relativas a:

- cooperación económica;
- relaciones entre la sociedad civil de Rusia y los Estados Unidos;
- lucha contra las armas de destrucción en masa; no proliferación y terrorismo internacional;
- defensa antimisiles, reducciones estratégicas ofensivas, nuevo Mecanismo Consultivo sobre Seguridad Estratégica.

Se apoyan, todas estas Declaraciones, en la **Declaración Conjunta sobre una Relación entre los Estados Unidos y Rusia** de 13 de Noviembre de 2001.

(35) Cf. Bleek, Ph. C., «U.S., Russia Sign Treaty Cutting Deployed Nuclear Forces», *Arms Control Today*, June, 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_06/sortjune02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_06/sortjune02.asp)

aunque algunas cabezas nucleares y sistemas de distribución serán desmantelados, una gran parte de las cabezas nucleares se mantendrán en la reserva (36).

El nuevo convenio es tan ambiguo que la cuestión relativa a las medidas de verificación y transparencia se deja en manos del Tratado START I, que sobrevive a la muerte de su hermano, el ABM, por expreso deseo de sus progenitores (37). Ahora bien, el START I expira en 2009 y es más que dudoso si ambas Partes extenderán su alcance, acordarán medidas verificación para el nuevo acuerdo o continuarán sin verificación alguna a partir de esa fecha. Quizá ésta podría ser una de las misiones a asignar a la Comisión Bilateral de Implementación que el Tratado prevé, de la que sólo se conoce que se reunirá dos veces al año (artículo III).

Quedan, por otra parte, importantes cuestiones que el nuevo Tratado, disfrazado de bondad, oculta:

a) La reducción a un máximo de 2.200 cabezas nucleares por cada parte es, qué duda cabe, un recorte, pero la lectura concienzuda de los datos revela que las cosas han cambiado poco: si Estados Unidos almacena las cabezas desmanteladas, tardará poco tiempo en montarlas en caso de amenaza. En el contexto de una declaración política aneja al Tratado, se prevé la cooperación entre Rusia y EE.UU en la lucha contra la prolifera-

---

(36) «Según fuentes de la administración Bush, para el año 2012 los EE.UU. tendrán desplegadas 2200 armas estratégicas y retendrán una reserva adicional de 2400 a los efectos de mantener su «capacidad de respuesta». Los EE.UU. serían capaces de redespargar las cabezas nucleares en «capacidad de respuesta» en semanas o meses y de redespargar todas las 2400 cabezas nucleares en tres años. Se espera que los EE.UU. continúen almacenando miles de ojivas completamente montadas pero no operativas así como miles de componentes militares adicionales que podrían ser transformados en armas. Cuando Bush fue preguntado en la conferencia de prensa del 24 de Mayo de 2002 acerca de por qué los EE.UU. necesitaban mantener miles de armas desplegadas y miles de armas en reserva, el Presidente, señalando futuras situaciones inciertas, dijo «¿Quién sabe qué ocurrirá dentro de 10 años? ¿Quién sabe lo que futuros presidentes dirán y cómo reaccionarán?». Cf. Bleek, Ph. C., «U.S., Russia Sign Treaty Cutting Deployed Nuclear Forces», *Arms Control Today*, June, 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_06/sortjune02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_06/sortjune02.asp)

(37) Haya o no nuevos acuerdos sobre reducciones y transparencia en material de defensa, el Tratado START I continúa en vigor. Rusia tiene interés en que esto sea así, pues el START I es el medio a través del cual se pueden limitar las fuerzas nucleares norteamericanas hasta cierto nivel y, sobre todo, se puede mantener el sistema de verificación fijado por el propio Tratado. Cabe la posibilidad (remota) de que se alcance un nuevo acuerdo sobre armas ofensivas y se establezcan nuevos límites y un sistema de verificación, en cuyo caso el START I será superfluo, pero si las negociaciones fallan, quedará el START I con su sistema de transparencia y verificación, eso sí, herido de muerte si los rusos sospechan que la falta de éxito de unas futuras negociaciones sobre reducción del armamento nuclear se deben a la mala fe de los EE.UU. Cf., Wallander, C. A., «Russia's Strategic Priorities», *Arms Control Today*, January/February 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/wallanderjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/wallanderjanfeb02.asp)

ción y quizá, en ese marco, podrían llegar algún día a entrar como elementos de discusión los misiles rusos SS-18, económicos, pero potencialmente muy dañinos al concentrar más cabezas nucleares en menos lanzaderas (38). El Tratado START II preveía la eliminación de este tipo de misiles, pero no está en vigor (39).

---

(38) En la «**Declaración sobre las nuevas relaciones estratégicas**» ambas partes proclaman, entre otras cosas, lo siguiente:

- EE.UU y Rusia son aliados en la lucha global contra el terrorismo internacional;
- su interés común en estabilizar la situación en Asia Central y el Sur del Cáucaso;
- «Rusia y EE.UU rechazan el fallido modelo de rivalidad de las superpotencias»;
- se prevé la colaboración bilateral para resolver conflictos en zonas del espacio postsoviético: Abjasia (Georgia); Alto Karabaj (Azerbaián); Transdniéster (Moldavia);
- **El incremento de la cooperación antiterrorista se traducirá en un reforzamiento de la lucha contra la proliferación nuclear:**

- Rusia y EE.UU estudiarán la posibilidad de extender los programas de disminución de la amenaza nuclear a la destrucción de un mayor número de materiales fisionables susceptibles de ser usados en la construcción de armamento.

- Ambos países colaborarán en la destrucción de armas químicas.

- Por lo que respecta a la defensa antimisiles, trabajarán para «reforzar la confianza y la transparencia», intercambiando información sobre los programas contra misiles y los experimentos en este campo.

- Washington y Moscú han recuperado la idea de poner en marcha un centro conjunto de intercambio de datos de los sistemas de prevención.

- Washington y Moscú estudiarán la posibilidad de incrementar la «colaboración práctica» para una defensa antimisiles para Europa.

Por lo que se refiere a la declaración relativa a la **defensa antimisiles, Reducciones Estratégicas Ofensivas y Nuevo Mecanismo Consultivo sobre Seguridad Estratégica**, las partes se apoyan en las Declaraciones Conjuntas de ambos Presidentes sobre Cuestiones Estratégicas, del 22 de Julio de 2000 en Génova y en la Nueva Relación Estratégica entre los EE.UU y Rusia, del 13 de Noviembre de 2001, en Washington. En dicha declaración, ambas partes reiteran que el Tratado START de 1991 continúa en vigor y que sus disposiciones son la base de las medidas tendentes a la transparencia, la predictabilidad en futuras reducciones de armamento estratégico ofensivo.

Se plantea cuál es el **marco de discusión para una conferencia de desarme global**. Pues bien, EE.UU se retira del ABM en Diciembre, lo que ha tenido pleno efecto el 13 de Junio de 2002 y Putin, por su parte, decide no reiterar su amenaza de abandonar los tratados de desarme en vigor. Así, se mantiene el START I, pero no ocurre con el START II (1993), modificado en 1997 y no en vigor en la actualidad. Lo que prohibía el START II era mantener misiles capaces de llevar cabezas múltiples y eso es, precisamente, lo que le viene bien a la maltrecha economía de Moscú, porque dispone de misiles SS-18 que concentran cabezas nucleares en menos lanzaderas.

Frente a una postura de oposición abierta, el Kremlin juega sus «activos» frente a EE.UU y, por ello:

- concluye el acuerdo de 24 de Mayo de 2002 que reduce el número de ojivas nucleares de cada parte por debajo del nivel previsto por el START I;

- el Kremlin quiere, junto a este tratado, una declaración política donde se mencione que ambos presidentes se unirán en un programa bilateral de cooperación sobre defensa antimisiles. Esto supone que se inician unas negociaciones en las que tienen importancia, como elementos de negociación:

b) Por lo que se refiere a sus aspectos técnicos, el nuevo Tratado de 24 de Mayo es, ciertamente, un instrumento jurídico, pero plagado de trampas: cada parte puede decidir regresar al nivel de fuerzas ofensivas que desee pasados los diez años de vida del propio Tratado que, por cierto, no contiene cláusula relativa a la renovación de su período de vigencia o a la renegociación de sus términos. Por otra parte, como no existe calendario para la implementación del Tratado, cabe que ésta se produzca (o no) al término del mismo: es decir, sólo en el año 2012 se sabrá si el Tratado ha cumplido su objeto y fin; en consecuencia, ¿es posible violar el Tratado? A esta interesante pregunta responde una fuente oficial norteamericana que, usando (ahora sí) el derecho en su propio beneficio, utiliza la buena fe del artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados para argumentar que la violación es posible (40). Existe, asimismo, el derecho de retirada de cada parte con notificación de 90 días de antelación (artículo IV.3).

## CONSIDERACIONES FINALES

### ¿EXISTEN ALTERNATIVAS AL NMD/MD?

Desde luego que sí, pero no se han explotado sus posibilidades porque EE.UU. se niega a ello:

- 
- los SS-18 rusos;
  - saber qué y en qué consiste el escudo antimisiles, una prioridad para Rusia que, a conveniencia de los EE.UU, permanece en la indefinición;
  - EE.UU. se ve obligado a recuperar algunos viejos proyectos como el centro de aviso («early warning») de lanzamientos de misiles que W. Clinton y B. Yeltsin proyectaban crear en Moscú antes de la crisis de Kosovo.

(39) Tratado sobre la Reducción y Limitación e las Armas Ofensivas Estratégicas (START II, 1993): el Tratado pide a EE.UU y a Rusia la eliminación de sus misiles balísticos autodirigidos de largo alcance (MIRved ICBMs) y reducir drásticamente el número de sus cabezas nucleares estratégicas a no más de 3000 ó 3500 cada parte para el 1 de Enero de 2003 o no más tarde del 31 de Diciembre de 2000 si los EE.UU y Rusia hubieran alcanzado para entonces un acuerdo formal sobre el apoyo que, en su caso, prestarían los EE.UU para ayudar a financiar la eliminación de las armas estratégicas nucleares en Rusia. El 26 de septiembre las dos partes firmaron un **Protocolo** estableciendo la extensión al final de 2007 del período de implementación del Tratado. Cf. Ferm, R. and Berggren, Ch., «Annexe A. Arms control and disarmament agreements», *SIPRI Yearbook 2001: Armaments, Disarmament and International Security*, p.664.

Nota: Robert Sherman, de la *Federation of American Scientists*, me facilitó los datos más recientes sobre el Tratado START II.

(40) Cf. Bleek, Ph. C., «U.S., Russia Sign Treaty Cutting Deployed Nuclear Forces», *Arms Control Today*, June, 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_06/sortjune02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_06/sortjune02.asp)

— En la reciente guerra de Afganistán, las operaciones de ataque con armas de precisión fueron muy efectivas y dichas armas serían igualmente efectivas contra un ICBM enemigo. De hecho, como se ha adelantado más atrás en referencia a «Rusia», es más que dudoso que, dadas las capacidades actuales, el NMD/MD pueda llegar a funcionar para el 2003-2008 mejor y a más bajo coste que las armas de precisión utilizadas en Afganistán.

— Desde el punto de vista diplomático, todos los caminos están abiertos y son los más económicos en una relación coste-efectividad. Como muestra un botón: en 1999 los viajes que realizó W. Perry, antiguo Secretario de Defensa, a Corea del Norte para evitar las pruebas de ese país con misiles de largo alcance sirvieron para amortiguar el riesgo. Al año siguiente, M. Albright consiguió arrancar de Pyongyang la promesa de un alto en sus pruebas con misiles en vuelo. Es ésta una prueba más de que el medio más económico y directo en la lucha contra los «Estados irresponsables» es la diplomacia, no la fuerza (41). No parece ser esta, en cambio, la tendencia de la administración Bush, a todas luces inclinada al uso (incluso preventivo) de la fuerza.

#### OTROS INTERESES EN JUEGO

Lo verdaderamente cierto es que G.W. Bush se siente presionado por la industria militar y civil que, en momentos de crisis, como el actual, sacarán una tajada nada despreciable del NMD/MD: de él saldrán beneficiados empresas aeronáuticas, de construcción, de telecomunicaciones, astilleros.

Por otra parte, lo que está en juego es el **control del espacio**, de la misma forma que en el pasado lo estuviera el del mar: Estados Unidos es cada vez más dependiente de los satélites y éstos son cada vez más vulnerables a los «nanodispositivos», que los inutilizarían. El ahora extinto Tratado ABM prohibía a cada una de las partes el desarrollo, prueba o despliegue de sistemas de misiles en el espacio, así como la «interferencia» con otros medios técnicos nacionales de verificación (una forma eufemística de referirse a los «satélites espías»). Respecto del espacio exterior, el único instrumento jurídico internacional vigente en la actualidad es el Tratado de 1967 relativo a los principios que regulan las actividades de los Estados en la exploración y uso del espacio exterior, incluyendo la Luna y otros cuerpos celestes que, entre otras previsiones, prohíbe la puesta en

---

(41) Cf. Coyle, Ph., «Rhetoric or Reality? Missile Defense Under Bush», *Arms Control Today*, May 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_05/coleymay02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_05/coleymay02.asp)

órbita alrededor de la Tierra de cualquier objeto que porte armas nucleares o cualquier otra arma de destrucción en masa, pero no establece prohibiciones relativas a otros sistemas de armamento (42).

Amplios sectores de opinión entienden que el NMD/MD oculta la ambición de los EE.UU por controlar el espacio y, de hecho, existen pruebas de ello:

1. EE.UU no ha mostrado su apoyo al establecimiento de un régimen sobre la «Prevención de la Carrera Armamentística en el Espacio», señalando en la Conferencia de Desarme de las Naciones Unidas que no quería al respecto un instrumento vinculante, esto es, un tratado, pasando a centrarse en otros puntos de la agenda.

2. EE.UU. no desprecia la posibilidad de ser objeto de un ataque sorpresa contra sus activos en el espacio: así el NMD/MD podría tener un doble uso.

3. EE.UU. desarrolla dos programas que avalan esta preocupación:

- el *Space Based Laser*, que tiene posibles usos ofensivos, y no sólo defensivos;
- la *Missile Defense Agency*, que prepara una reedición del *Brilliant Pebbles* del Presidente Reagan, proyecto con miles de pequeños satélites desplegados alrededor de la Tierra, preparados para interceptar cualquier misil enemigo.

4. La carrera por el control del espacio no sólo afecta a la industria militar, sino también a la civil: el proyecto europeo «Galileo», sistema de navegación por satélite dirigido por la Unión Europea y por la Agencia Espacial Europea, amenaza a los sistemas GPS (EE.UU.) y GLONASS (Rusia) porque no sólo será independiente de ambos, sino que será, también, interoperable con ambos y, sobre todo, porque Europa intenta que «Galileo» entre en funcionamiento con dos años de antelación respecto del GPS en su fase II con el objeto de capturar mercados potenciales, lo que significa que, a medio plazo, Europa dispondrá de un sistema de satélites de última generación y no será dependiente de la tecnología americana.

---

(42) Como señala el profesor Garrido, «[...] entre la opinión pública está muy extendida la creencia (totalmente errónea) de que los misiles balísticos están inseparablemente ligados a las armas nucleares, químicas o biológicas y que, tarde o temprano, todo misil balístico portará una carga de destrucción masiva. Esa es la idea que también se ha difundido de forma intencionada por la Casa Blanca a lo largo de los últimos seis años, pero por otra razón: justificar la necesidad de desplegar el escudo antimisiles». Cf. Garrido, V., «La amenaza global: armas de destrucción masiva y misiles», *Perspectivas Exteriores 2002: Los intereses de España en el mundo*, FRIDE, Política Exterior Biblioteca Nueva, p.91.

A través del Acuerdo sobre reducciones estratégicas de Mayo de 2002, EE.UU tuvo en su mano la posibilidad de vincular a Moscú en un sistema irreversible y verificable de reducción de su arsenal estratégico, así como de abordar la cuestión del enorme arsenal ruso en armas nucleares tácticas, pero lo dejó pasar porque los EE.UU necesitaban **flexibilidad**: G.W. Bush hace un canje forzado entre armas defensivas y ofensivas (que es como sumar peras y manzanas) para forzar a V. Putin a repensar el ABM (43). Por optimistas que queramos ser, el mundo continúa siendo inseguro.

Sin las limitaciones impuestas por el Tratado ABM y por el START II sobre los misiles balísticos autodirigidos de largo alcance (MIRVed ICBMs), las fuerzas nucleares de Rusia pueden incrementarse, sobre todo, si las relaciones entre Rusia y EE.UU empeoran y Rusia dedica más fondos a sus fuerzas estratégicas (para el final de esta década tendrá unas 4000 cabezas nucleares estratégicas desplegadas). Ello, a su vez, repercute en la seguridad del mantenimiento de ese mayor número de armas nucleares, generándose un riesgo para el resto del mundo. El Congreso de los EE.UU., en esta situación, podría decidir la reducción de fondos para programas de recorte nuclear destinados a Rusia y el efecto de la «inseguridad nuclear» podría multiplicarse (44).

El uso del arma nuclear, muerta la Guerra Fría y en el actual clima de imposición del poder por la fuerza, puede llegar a banalizarse. Aunque los EE.UU. como firmantes del Tratado CTBT (45) están comprometidos en

---

(43) Este aspecto, en el nuevo Tratado, es un punto de inflexión respecto de los Tratados START I y START II que, si bien no hablan de destrucción de las armas, sí que exigen la destrucción verificable de la mayoría de los sistemas de distribución fuera de servicio. Y, es más, cuando el Presidente Clinton y el Presidente Yeltsin acordaron comenzar las negociaciones del START III, señalaron que éste incluiría «medidas relativas a la destrucción de las armas nucleares estratégicas con el fin de promover el carácter irreversible de unas reducciones profundas». Cf. Bleek, Ph. C., «U.S., Russia Sign Treaty Cutting Deployed Nuclear Forces», *Arms Control Today*, June, 2002, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_06/sortjune02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_06/sortjune02.asp)

(44) Vid. Cirincione, J., «ABM Treaty Withdrawal: Neither Necessary nor Prudent», An ACA Press Conference, January/February 2002, *Arms Control Today*, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/pressconjanfeb02.asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/pressconjanfeb02.asp)

(45) Tratado de Prohibición Total de Pruebas Nucleares (CTBT, 1996, aún no en vigor): prohíbe el desarrollo de cualquier explosión nuclear y solicita de cada parte la evitación de tales explosiones en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control y evitar causar, promover o participar de algún modo en cualquier explosión nuclear o prueba nuclear con explosivos. Rusia lo ha ratificado, EE.UU, lo ha firmado, pero no ratificado. Cf. Ferm, R. and Berggren, Ch., «Annexe A. Arms control and disarmament agreements», *SIPRI Yearbook 2001: Armaments, Disarmament and International Security*, p.667-668.

la moratoria a la realización de pruebas nucleares, no lo han ratificado, y ya tenemos la experiencia de una «desfirma» por parte de los EE.UU (46): la obligación de buena fe que prevé el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 es letra muerta para algunos Estados. La postura de EE.UU hacia el CTBT tiene, desde luego, su influencia sobre China e Israel, a quienes se anima a su ratificación, y sobre India, Pakistán y Corea del Norte, a quienes se sugiere su firma. Asimismo, la moratoria sobre los ensayos nucleares queda en entredicho sin una obligación internacional en firme: China, que no ha ratificado el CTBT, podría sentirse incitada a modernizar su arsenal y a relanzar un programa de pruebas con el fin de desarrollar cabezas nucleares más eficaces. En Rusia podrían surgir presiones para probar nuevas armas, riesgo incrementado toda vez que la OTAN se extiende al Este y si el CTBT no entra en vigor en un corto espacio de tiempo por no hablar de Corea del Norte. Todo ello, a su vez, puede tener repercusiones sobre otros tratados de control de armamentos como el TNP, que es un marco más amplio y que puede llegar a producir otra «baja», como el Tratado de reducción de material físil, en discusión en la Conferencia de Desarme de las Naciones Unidas (47).

El posible efecto del NMD/MD en la no proliferación y en el desarme es uno de los puntos de desacuerdo más importantes del debate trasatlántico. Mientras que los europeos continúan aferrados a la idea de la no proliferación y del control de armamentos, los norteamericanos desafían los mecanismos bilaterales o multilaterales tendentes a aquel fin y, a su juicio, poco eficaces. La NMD/MD es una muestra más de unilateralismo. Incluso pese a la NMD/MD, la reacción en los socios trasatlánticos sería otra si

---

(46) Nos referimos al Estatuto de la Corte Penal Internacional: el 7 de Mayo de 2002, el Gobierno de los EE.UU comunicó formalmente al Secretario General de la ONU, K. Annan, depositario del texto fundacional de la CPI, que no enviaría el texto firmado por W. Clinton al Congreso y evitaría su ratificación.

(47) Cf. Mendelsohn, J., «Sécurité nationale et maîtrise des armements sous l'Administration Bush», *Politique Etrangère* 4/2001, p. 863.

Un ejemplo de lo que estamos diciendo lo encontramos en la escalada nuclear (Mayo de 2002) entre India y Pakistán. Ninguno de ambos países es parte del TNP y, en las actuales condiciones, esto es, manteniendo sus capacidades nucleares, no podrían llegar a serlo. El Tratado admite en su «club» a los cinco Estados que hubieran probado el arma nuclear antes de 1967. El hecho de que India y Pakistán hayan probado las armas nucleares y de que EE.UU. haya levantado las sanciones contra ellos (como recompensa al apoyo brindado tras los atentados del 11 Septiembre) ha afectado negativamente al régimen de no proliferación. Por otra parte, si China refuerza su arsenal nuclear ello tendrá inevitables consecuencias en la escalada nuclear de India y Pakistán. Vid. Rhineland, J., «ABM Treaty Withdrawal: Neither Necessary nor Prudent», An ACA Press Conference, January/February 2002, *Arms Control Today*, [http://www.armscontrol.org/act/2002\\_01-02/pressconjanfeb02asp](http://www.armscontrol.org/act/2002_01-02/pressconjanfeb02asp)

los EE.UU apoyaran los esfuerzos en pro de la lucha contra la proliferación en un marco multilateral, por ejemplo, comprometiéndose en los esfuerzos del Régimen de Control de Tecnología de Misiles (MTCR) con el fin de elaborar un «Código de conducta» internacional en materia de tecnologías balísticas, o si aceptaran nuevas reducciones nucleares verificables. Estas serían muestras -algo utópicas, bien es cierto, dados los derroteros por los que se mueve la administración Bush- de que la defensa antimisiles no es necesariamente incompatible con el mantenimiento de ciertas obligaciones internacionales (48).

En la **Revisión de la Postura Nuclear**, filtrada a la prensa en Marzo de 2002, EE.UU. anunciaba planes de contingencia con el fin de usar el arma nuclear contra Iraq, Corea del Norte, Irán, Libia, Siria e, incluso, Rusia y China, y preveía una reserva de armas nucleares en stock con el fin de que le pudiera servir de apoyo a las fuerzas desplegadas en breve período de tiempo. Por otra parte, la **Revisión de la Postura Nuclear** parece sugerir la reanudación de las pruebas y, en este sentido es una amenaza para el control de la carrera armamentística y la causa de que al Acuerdo sobre Reducciones Estratégicas (24 de Mayo de 2002) carezca de entidad: en la trastienda, EE.UU. está desarrollando nuevas armas con el fin de expandir su arsenal nuclear y las misiones asignadas a estas armas de nueva generación. La carrera nuclear no ha hecho más que comenzar.

Más recientemente aún, en la **Estrategia de Seguridad Nacional** (17 de Septiembre de 2002), la administración Bush, vista la ausencia de poder sobre la Tierra que le pueda hacer sombra, decide acabar con la doctrina de la «no proliferación» de armamento, vigente desde la Segunda Guerra Mundial y basada en obligaciones jurídicas —tratados— para sustituirla por la de la «contraproliferación» basada, entre otros elementos, en el despliegue del NMD/MD y en el empeño en acabar, incluso con el recurso a la fuerza -si es preciso, sin el concurso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas- con los arsenales enemigos, como el de Iraq.

En los últimos tiempos, los casos de abierto rechazo por parte de los EE.UU. a los **tratados internacionales** se han sucedido (Washington rechazó el CTBT, echó a pique el protocolo de verificación de la Convención sobre Armas Biológicas, rechazó las negociaciones sobre armas de pequeño calibre y no firmó el Tratado sobre minas antipersona...) En estas condiciones, si la nación más poderosa del mundo considera que se

---

(48) Cf. Grand, C., «La défense antimissile: un nouveau paradigme strategic?», *Politique Etrangère*, 4/2001, pp. 823-824.

puede retirar de los compromisos internacionales asumidos cuando éstos ya no le convienen, ¿no servirá esta conducta de ejemplo para otras naciones? Existe el riesgo de que la postura de los EE.UU se convierta en doctrina (49).

---

(49) Pese a la indudable, lenta y concienzuda labor de la costumbre en Derecho Internacional, lo que, todo sea dicho de paso, lo hace peculiar frente al derecho interno, no se puede negar el valor incuestionable de los tratados como fuente del Derecho Internacional contemporáneo. Históricamente, el tratado ha sido el equivalente a la ley, si bien, para desgracia de los internacionalistas, condenados de por vida a explicar la juridicidad del Derecho Internacional, se ha tendido a magnificar el incumplimiento de la norma en Derecho Internacional.

Las cosas eran así hasta hace relativamente poco tiempo. En nuestros días, la gran superpotencia mundial ha anunciado al resto del mundo que los tratados son un «obstáculo» para el desarrollo de su política exterior. Aquella fuente de seguridad jurídica, los tratados, ha muerto, ¿quién la resucitará?

¿Se percatan, queridos lectores, de los terribles efectos que tales tesis pueden producir en el orden mundial? Fuera temores, será la respuesta, pues sólo un Estado y, llegado el caso, sus amigos más próximos, podrán incumplir sus obligaciones internacionales alegremente: el incumplidor es el gendarme de todos los demás. La soberanía de los Estados se encuentra con el freno de la soberanía absoluta de un solo Estado.

*Vid.* sobre el particular, la opinión expresada en «Arms Control Experts Fault U.S Withdrawal From ABM Treaty: Effective Missile Defense Deployment Still Years Away», *Arms Control Association*, Media Advisory, June 12, 2002, <http://www.armscontrol.org/pressroom/2002/abmadvjune02.asp>.

# LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. SU EVOLUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Ramón Sánchez Reverte  
*Teniente Auditor*

## SUMARIO

1. Introducción. 2. Evolución Jurisprudencial: 2.1 Antecedentes. 2.2. La teoría de la causalidad adecuada. 2.3. El criterio de la relevancia. 2.4. El criterio de la previsibilidad. 2.5. La efectiva separación relación de causalidad-imputación. 3. Algunos casos problemáticos: 3.1 Autopuesta en peligro de la víctima. 3.2. Supuestos de disminución del riesgo. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN (1)

La justificación del presente estudio parte de la necesidad de destacar tanto las diversas posiciones doctrinales enfrentadas, así como la irregular evolución jurisprudencial, sobre una cuestión que actualmente ha cobrado fuerza, quizás como consecuencia de la acogida en nuestro país de los postulados finalistas; sobre lo que existe acuerdo es que en los delitos de resultado se exige, si bien el mismo no es suficiente, junto a la realización de éste, «que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquél comportamiento» (2), siendo aquí donde entra en juego la imputación objetiva, en el sentido de que, constatada la relación de causalidad

---

(1) Vid. Ingerborg Puppe, «la imputación objetiva», Comares, Granada, 2001.

(2) S. Mir Puig, Derecho Penal, parte general, PPU, Barcelona, 1990, pág 229.

será preciso la ulterior imputación objetiva del resultado a aquél comportamiento, y esta imputación tendrá lugar cuando aquél «ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se realice en el resultado» (3).

En igual sentido se manifiesta Cerezo, cuando considera que la moderna ciencia del Derecho penal requiere una restricción de la imputación objetiva del resultado, en el sentido de que «el resultado fuera objetivamente previsible, que aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la conducta dolosa del autor» (4).

Sólo constatada la relación de causalidad se podrá proceder a la imputación objetiva, por ello, siempre es previa.

Sin embargo, ha sido Roxin (5) el que mayor atención ha prestado al juicio de imputación objetiva, considerando que la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios:

1. el resultado se le imputará al tipo objetivo, si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico protegido no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

2. si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo; pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones.

A partir de aquí, sería preciso detectar la evolución que nuestra jurisprudencia en torno a la imputación objetiva.

## 2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

### 2.1. ANTECEDENTES

Tradicionalmente nuestra Jurisprudencia a la hora de determinar la relación de causalidad acudía a la teoría de la equivalencia de las condiciones, de forma que constatada ésta, el resultado se atribuye al comportamiento y se considera causa del resultado, y por ello, no existe ninguna diferencia entre imputación y causalidad, siendo la imputación objetiva un criterio para solucionar los problemas de la relación de causalidad entendiendo que hay relación de causalidad «*siempre que la conducta activa u*

---

(3) S. Mir Puig, Derecho Penal, parte general, cit., pág. 245.

(4) Cerezo Mir, J, Curso de Derecho Penal Español, parte general, II teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 2000, pag. 104.

(5) Roxin, K, Derecho Penal, parte general, I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito, págs. 362 y ss.

*omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva que existe cuando el sujeto... con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad...» STS de 1-7-1991 (RJ1991/5485) (6).*

Habría que esperar hasta el año 1981, para que nuestra Jurisprudencia se hiciese eco de la imputación objetiva; por vez primera, se acoge o, mejor, alude a la imputación objetiva de resultado, sin embargo, no se distingue entre imputación objetiva y relación de causalidad, considerando ésta como presupuesto primero, cuando no previo, y se acude a la teoría de la causa adecuada como criterio para restringir la ampliación excesiva a que conduce la teoría de la equivalencia de las condiciones, de forma que quien ha puesto una condición para que el resultado le pueda ser objetivamente imputado es necesario además *«que la condición sea adecuada eficiente, o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción»* (STS 20-5-1981).

## 2.2. LA TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA

Aparece la causalidad adecuada como el criterio restrictivo de la equivalencia de condiciones, siendo el elemento sustitutivo de la *conditio* (7), si bien la causalidad adecuada es equiparada a la imputación objetiva.

Aparece como punto de partida la anterior sentencia de 1981, y se empieza a distinguir la relación de causalidad de la imputación objetiva, siendo necesario para la primera, la teoría de la equivalencia de las condiciones mientras que, para determinar la imputación objetiva, se requiere

---

(6) A pesar de que se considera la sentencia de 1981, la primera que alude a la imputación objetiva, es destacar, que, a pesar de ello, sentencias posteriores siguen manteniendo la tesis tradicional, por lo que supone un abandono de jurisprudencia y posterior recogida.

(7) Vid. S. Mir Puig, Derecho Penal, parte general, cit., pág. 245.

*«la adecuación de la causa para producir aquél como consecuencia lógica y natural de aquélla... La concurrencia o no de causalidad es algo empíricamente constatable, a determinar según los métodos de las ciencias naturales... pero cosa distinta es que para el injusto típico se requiera además la concurrencia de una categoría puramente normativa: la imputación objetiva...» (STS de 5-4-1983), se establece, por ello, como criterios de imputación objetiva el de la adecuación, el de la relevancia, el de la realización del peligro coherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma.*

### 2.3. EL CRITERIO DE LA RELEVANCIA

Sin embargo, si la adecuación es considerado como un criterio de imputación, y no circunscrito exclusivamente a la causalidad, es en este punto importante la *STS de 27-4-1984* (RJ1984/2387), la cual supone una evolución en los criterios jurisprudenciales anteriores, considerando como criterio fundamental el de la relevancia jurídico-penal. Alude a la antigua sentencia de 1981, considerando que se acogía como criterio de imputación objetiva la adecuación, que la sentencia de 5 de abril de 1983 añade también el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, los de incremento o disminución del riesgo, o el fin de protección de la norma, con especial *«énfasis –se agrega ahora- en la teoría de la relevancia que enmarca aquella idea de la adecuación, como criterio de restricción de la relevancia jurídico-penal de las acciones causales, en los límites de la concreta tipicidad, y junto a la imputación objetiva del resultado que se desplaza, en esta nueva construcción, del concepto penal de acción al área de la tipicidad, debe examinarse, en el trance de exigir responsabilidades de índole penal, la imputación subjetiva...»*.

### 2.4. EL CRITERIO DE LA PREVISIBILIDAD

Aún manteniéndose la imputación objetiva dentro de los límites de la causalidad, sin embargo, se introduce el concepto de previsibilidad en el resultado, y se considera que la imputación objetiva sirve para solucionar los problemas derivados de la relación de causalidad, siendo la imputación objetiva una restricción de la causalidad al aplicar la teoría de la *conditio* existiendo la imputación objetiva cuando *«el sujeto cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o*

*aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a una juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión, sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado» STS de 9-2-1990 (RJ1990/1359).*

Respecto al problema de los cursos causales complejos, se considera que si, junto a la conducta del agente concurre otra u otras causas atribuibles a personas distintas o a un suceso fortuito, si estas existían con anterioridad a la conducta del acusado «no interfiere la posibilidad de imputación objetiva, y si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculgado, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento» La STS de 9-2-1990 (RJ1990/1359) (8); en igual sentido se manifiesta la STS 1-7-1991 (RJ1991/5485).

Sin embargo, en materia de previsibilidad de resultado es necesario acotar las consecuencias excesivas que de la misma se pueden derivar, y, en especial el problema de si el resultado es la concreción del peligro iniciado o incrementado por la conducta del autor, considerándose que «*se debe alertar respecto a cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de previsibilidad del resultado. En realidad, todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado...se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se encuentra sometido a una situación de riesgo» (STS de 29-5-1999 (RJ1999/3567).*

## 2.5. LA EFECTIVA SEPARACIÓN ENTRE RELACIÓN DE CAUSALIDAD-IMPUTACIÓN

La fase final de distinción entre relación de causalidad e imputación objetiva, es una consecuencia explicable de la evolución ocurrida y, por

---

(8) S. Mir Puig, Derecho penal, parte general, cit., pag. 249, considera por el contrario que las circunstancias sobrevenidas con posterioridad a la acción, produce una desviación del curso causal, que excluye la imputación, en cuanto no quepa contar con tal desviación ex ante.

ello, ambas categorías pasan a ser consideradas independientes pero sucesivas, y haciendo de la imputación objetiva una teoría de causalidad adecuada. La imputación objetiva es una evolución lógica de la teoría de la adecuación, y si en sede de causalidad se acoge la teoría de la conditio se requiere que el resultado sea relevante una vez transplantado al ámbito jurídico-penal, que sea relevante desde el plano de la tipicidad, o sea, conforme al sentido del correspondiente tipo, el cual se inspira en condiciones semejantes apropiadas o adecuadas. *«es decir, la causalidad adecuada basada en la marcha normal de las cosas, en el curso de la vida ha de estar enmarcada en los límites de la tipicidad» STS de 8-4-1992 (RJ1992/2877).*

La relación de causalidad pasa a ser *«el nexo causal que ha de concurrir entre acción y resultado para que éste puede imputarse al autor como hecho propio y exige la comprobación de que el resultado típico es producto de la acción pero exige, además, una relación específica que permite imputarle objetivamente al sujeto» STS de 13-10-1993 (RJ 1993/7380).*

Queda perfectamente diferenciadas las dos categorías: *«relación de causalidad e imputación objetiva, para que pueda el resultado objetivamente imputársele al sujeto se requiere el juicio de imputación objetiva, el cual exige dos elementos: la existencia de causalidad natural entre acción y resultado, y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado» STS de 13-10-1993 (RJ 1993/7380).*

La imputación queda desligada de su inicial vinculación con la adecuación. Por su parte, como criterio de imputación objetiva considera abandonado el de la adecuación, de modo que se acoge el del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que *«es objetivamente imputable el resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el sujeto ha vulnerado por una acción creadora de un riesgo o peligro jurídicamente desaprobado» (STS 4-11-1992 (RJ1992/8887) (9)).*

---

(9) No obstante, aún se puede encontrar sentencias en las que la imputación objetiva queda aún circunscrita a la relación de causalidad. Vid. *STS 19-6-1992 (RJ1992/5795)*, considera abandonada en la relación de causalidad la teoría de la equivalencia, llegándose a la teoría de la imputación, de modo que aún queda circunscrita a la causalidad, de modo que esta teoría de la imputación «distingue causalidad y responsabilidad, introduciendo el concepto de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado».

La *STS de 29-1-1993* (RJ1993/215), se distingue plenamente imputación de causalidad en delitos de resultado, la acción de matar implica *per se* un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, y «este resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción. De no ser así, estaremos a nivel de la tipicidad, frente a comportamientos irrelevantes para el resultado mortal, en cuanto son ajenos al ámbito de protección de la norma penal. Los cursos o series causales acumulados, hipotéticos, irregulares y complejos no pueden alterar la regla esencial de imputación objetiva».

Separada plenamente la relación de causalidad de la imputación objetiva, el juicio de imputación requiere primero la relación de causalidad que se constata conforme al criterio de la equivalencia de las condiciones (*STS de 28-2-1992*); sin embargo, fijado aquél aún es preciso la ulterior imputación, en el sentido de que «*que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado*» *STS 13-10-1993* (RJ1993/7380) (10).

La más reciente doctrina jurisprudencial acoge como único criterio de imputación objetiva el de creación de un riesgo y concreción de ese riesgo en el resultado, sin causalidad no cabe imputación objetiva, en los delitos de lesión, pero que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural, «*solo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro*» *Auto TS de 7-7-2000* (RJ2000/7249).

Por tanto, para la imputación objetiva no basta con el nexo estrictamente causal, cuya determinación previa se hace imprescindible, puesto que la ausencia de causalidad natural impediría el estudio posterior de la imputación objetiva, sino que se precisa también que el resultado hubiera podido evitarse o no se hubiera incrementado sensiblemente el riesgo de su producción, y, además, que la norma infringida se orientara a impedir el resultado.

Además, es preciso que el resultado sea de los que trataba de evitar la norma «*pues falta la imputación objetiva, porque el resultado acaecido quedó fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha vulnera-*

---

(10) Vid. SSTS 28-2-1992; 20-2-1993 (RJ1993/1383); *STS de 6-6-1994* (RJ1994/4530).

*do mediante su acción, ya que en este caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el autor, sino otra clase de riesgo, diferente y extraño a aquel» STS de 30-12-1996 (RJ1996/9244).*

### 3. ALGUNOS CASOS PROBLEMÁTICOS

#### 3.1. AUTOPUESTA EN PELIGRO DE LA VÍCTIMA

Nuestro TS ha evolucionado en relación con este tema, pudiéndose diferenciar las siguientes etapas:

1. En un principio, la contribución de la víctima a la producción del resultado lesivo únicamente podía ser objeto de valoración en la fijación del *quantum* indemnizatorio, así, considera que en el ámbito penal únicamente cabe hablar de concurrencia de conductas, que desplaza el problema al ámbito de la causalidad, valorándose los comportamientos confluentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción (autor) como desde el pasivo de su consecuencia (víctima), la existencia de culpas plurales y simultáneas en el suceso, ha de procederse al examen de cada una, con individualización, y obtenida la graduación específica, de cada actuación concurrente, elevarla al plano comparativo con los demás coadyuvantes (11).

2. Hacia mediados de los años ochenta el Tribunal Supremo evoluciona y empieza a hablar de la concurrencia concausal de culpas para destacar la aportación de la víctima al suceso, planteándose el supuesto en el ámbito de la relación de causalidad, y, por ello, «puede hablarse de concurrencia de conductas, que desplaza el problema, al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad, valorando los comportamientos confluentes en la producción del resultado, tanto desde el lado activo de la infracción —autor— como desde el pasivo de sus consecuencias —víctimas—, de forma que cuando aparezcan conductas plurales y simétricas en el suceso procedente de varias personas que ocasionan un evento dañoso, se origina un concurso de conductas, para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, elevarla al plano comparativo con las demás coadyuvantes, a fin de determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su

---

(11) Vid. STS de 6 de febrero de 1987 (RJ1987/1204).

delimitación y estimación penal más adecuada y correcta, pudiendo aplicarse criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativas por la naturaleza común de los diversos grados de imprudencia, apreciando como prevalentes en el campo penal las reputadas como originarias y principales que el resultado dañoso se origine, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras y auxiliares del mismo —Sentencias de 24 de marzo de 1983, 8 de junio de 1985 y 6 de febrero de 1987—, y esta interferencia de la culpa de la víctima al resultado común puede influir de los siguientes modos tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal, como en lo referente a la responsabilidad civil (12):

1.º) degradando la intensidad de la culpa en que haya incurrido el agente, y ello, según la mayor o menor incidencia que dicha culpa concurrente haya tenido en la causación del suceso, pudiendo producirse el descenso en uno o dos peldaños en la escala culposa.

2.º) moderando el *quantum* de la indemnización, en proporción a la influencia que el comportamiento del ofendido o la víctima hayan tenido en la actuación del evento, si bien dicha moderación no puede afectar a aquellos ofendidos o perjudicados, que ni por sí mismos, ni a través de la persona de la que traen causa, hayan influido para nada en el curso causal de los acontecimientos, tratándose, pues, de víctimas inocentes que no tienen por qué sufrir merma de sus derechos indemnizatorios, como secuela de comportamientos antijurídicos imprudentes ajenos.

3.º) en casos excepcionales, minimizando la culpa del agente, que atrayendo sobre sí el sujeto pasivo, toda la responsabilidad de la causación del resultado, exonere de toda responsabilidad al activo.

3. La asunción por parte del TS de criterios de imputación objetiva, ofrece el último estrado en la evolución de esta materia, perfilándose la cuestión como participación de la víctima en el riesgo generador o incrementador del riesgo, cuyos efectos se hacen sentir dogmáticamente en sede de imputación objetiva, pudiendo significar en su caso, la declaración de atipicidad del comportamiento, o, al menos, una disminución del injusto, bien por la vía de la degradación de la imprudencia, bien a través de la aplicación de una atenuante analógica.

*«Hecha esta aclaración, es posible considerar las reglas a las que se debe ajustar el tratamiento de los casos en los que la víctima no realiza por sí una acción peligrosa, sino consentido, consciente de lo que hacía, en la realización de la acción generadora del peligro por parte del otro.*

---

(12) Vid. STS 16-5-1988.

*Cualquiera que sea la solución que se piense adecuada al primer grupo de casos, lo cierto es que en el que aquí interesa, es decir, en el segundo, la existencia de la imprudencia temeraria, en sí misma, no se ve afectada, dado que la norma que impone un alto deber de cuidado en relación a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados, no disminuye la intensidad de su protección por el consentimiento de la víctima, en la medida en que la vida no es un bien jurídico disponible. En tales casos, por lo tanto, la falta de interés del titular del bien carecerá de efecto neutralizador de la protección penal. Dicho de otra manera: el fin de protección de la norma de cuidado no se ve afectado en los supuestos que estamos tratando» STS de 17 de julio de 1990 (RJ1990/6728).*

Continúa la Sentencia citada, analizando el problemático tema del consentimiento, el cual *«respecto del peligro podría incidir en la protección penal, pero, de ninguna manera, en el ámbito de la causalidad entre la acción generadora del peligro y el resultado producido, pues es indudable que si se suprime mentalmente la acción peligrosa, el resultado no habría tenido lugar («conditio sine qua non»).* Sin embargo, a pesar de que el consentimiento no disminuya en sí mismo la gravedad de la imprudencia ni afecte a la causalidad, no es de excluir una atenuación de la ilicitud cuando el delito en cuestión protege bienes jurídicos plurales, y entre estos bienes aparece uno, respecto del cual el consentimiento puede ser eficaz. Esta situación se presenta, sin duda, en el caso de homicidio culposo, toda vez que la norma no sólo protege la vida, sino también la autodeterminación del titular de la misma. Desde este punto de vista no tiene la misma relevancia jurídico-penal que el autor haya obrado contra o sin la conformidad de la víctima o lo haya hecho sobre la base del consentimiento de ésta. En la última alternativa si bien es claro que se ha vulnerado plenamente el bien jurídico vida, no lo es menos que la autodeterminación de la víctima, como consecuencia del consentimiento, no se ha visto lesionada y ello determina una atenuación necesaria de lo ilícito del hecho que se debe reflejar en la pena sobre la base del art. 9,10 CP (13).

Sólo en casos excepcionales, en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al

---

(13) J. Cerezo Mir, Derecho penal español, parte general, cit., pág.108, considera, sin embargo, la vida como bien indisponible por el titular del mismo. En igual sentido se manifiesta nuestro Tribunal Supremo, sin embargo, no resta eficacia a la llamada autodeterminación, la cual, incluso en los ataques a bienes jurídicos tan relevantes (vida), otorga eficacia al consentimiento de la víctima.

conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado. En estos casos, como es lógico, entrarán en consideración los criterios de la imputación objetiva referidos al fin de protección de la norma.

Importante en el tema de la autopuesta en peligro de la víctima, y consiguientemente el traslado de la imputación al autor, es la *STS de 17-9-1999* (RJ1999/6667), la cual inicia una vía que ha sido objeto de diversos debates doctrinales (14), y en la que se parte de la exclusión de la imputación objetiva del autor, considerando que el tipo objetivo de lesiones requiere que el resultado producido causalmente por la acción sea la realización del peligro generado por la misma, en el sentido que únicamente se le puede imputar al autor el resultado ocurrido cuando no concurra circunstancia excluyentes, es decir, otros riesgos que permitan explicar el resultado realmente ocurrido, esto ocurre *«cuando el afectado se introduce por si mismo en una situación riesgosa o no se aparta de ella por su propia decisión (autopuesta en peligro), o, dicho de otra manera cuando se expone voluntariamente al peligro que proviene de la acción de otro. En estos casos es preciso considerar hasta qué punto el resultado producido es imputable objetivamente a la víctima o al autor»*.

Esta vía señalada conduce al criterio de la ponderación de los bienes jurídicos lesionados de modo que la responsabilidad de la víctima, es relevante y consiguientemente, no resulta imputable el autor, para lo cual lo primero es determinar la relación de causalidad conforme a la teoría de la *conditio sine qua non*, para después determinar si el resultado es imputable a la víctima o al autor), habrá que afirmar la causalidad, pero no toda causalidad es relevante, *«en los casos en que la víctima opta por crear con su acción un peligro mucho mayor que el realmente generado por el autor, sin una justificación especial, los resultados que sean producto de la introducción de este peligro más grave, no deben ser imputados a dicho autor. En la ponderación de la diferencia entre peligro corrido y peligro asumido tiene singular relevancia la diferencia jerárquica de los bienes jurídicos afectados y la configuración real de la situación en la que el agredido se encuentra»* la *STS de 26-2-2000* (RJ2000/1149).

---

(14) Bacigalupo, E-Bonet Esteva, M- Cancio Mella, M, «Comentarios a la Sentencia núm. 270/2000, de 26 de febrero, del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 4 (2000-2), págs. 163 a 186.

De lo anterior resulta que es necesario trasladar el ámbito de la responsabilidad a la víctima cuando la creación o el aumento del riesgo generador del resultado, siendo necesario:

1. que la actividad generadora del riesgo permanezca dentro de los márgenes de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, esto es, dentro del margen de riesgo asumido por la víctima en el ejercicio de su autonomía personal, sin que se traspasen los límites de esta organización.

2. que la víctima no carezca de responsabilidad o padezca defectos cognitivos que hayan sido instrumentalizados por el autor (15).

3. que el autor no tenga encomendado deberes jurídicos de protección en relación con los bienes de la víctima.

Distinto sería el supuesto en que la víctima se introduce en una situación peligrosa por propia iniciativa, consintiendo dicho peligro, en materia de imprudencia, se considera que si junto al peligro inicial aparece comprobado la intervención de terceros que asumen el riesgo creado por la acción de otro, se quiebra la imputación objetiva, porque en tales casos el resultado antijurídico ya no proviene del riesgo previo, indeseable pero no eficiente para ocasionar estas últimas contingencias, *«ello impide afirmar que en tales casos la procedencia de la imputación objetiva. Respecto al comportamiento de la propia víctima es evidente que nadie puede favorecer conscientemente el incremento del peligro a que están sometidos los bienes jurídicos de que es titular, y si lo hace esa asunción del riesgo de la acción del agente influye sobre la imputación objetiva de tal acción. Pero solo si puede reprocharse a la víctima por algún título —dolo o culpa— esa asunción del riesgo puede ésta tomarse en cuenta para atenuar o excluir la imputación objetiva. Pero tal asunción del riesgo implica el conocimiento de su existencia. Si no, no hay asunción, esto es, aceptación voluntaria o negligente del peligro, sino inconsciente inmisión en su esfera. Y la inmisión inconsciente en la esfera del peligro o la inocente colaboración a la producción del resultado es irrelevante en orden a la imputación objetiva, pues de otro modo quedaría impune todo el grupo de los delitos llamados de relación, en los que la víctima coopera o acepta su producción» STS de 20-2-1993 (RJ1993/1383).*

---

(15) Bonet Esteva, M, «Los límites de la exclusión del tipo de injusto por conducta auto-defensiva de la víctima», cit., págs 164 a 165, considera que la idea asumida por la jurisprudencia para que le sea atribuible a la víctima la asunción del riesgo es que, ésta, en dicha asunción, sea consecuencia de una decisión voluntaria y consciente.

### 3.2. SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DEL RIESGO

Por último, considero necesario una breve referencia, al supuesto de disminución de riesgo, quizás por la incidencia que tiene actualmente. Dentro de los incontables supuestos concretos de disminución del riesgo, es precisamente el ejercicio de la profesión médica el que más importancia presenta no solo por su incidencia en la vida cotidiana sino por la incontable jurisprudencia desplegada como consecuencia de los efectos que puede producir (16).

Se trataría de un supuesto de disminución del riesgo, no imputable objetivamente, al no hallarse comprendida dentro del fin perseguido por la norma la acción médica realizada conforme a la *lex artis*. El fin de protección de la norma en los delitos contra la vida y la integridad física es evitar acciones peligrosas para tales bienes, mientras que la acción médica legal disminuye objetivamente el peligro, y no intensifícale riesgo. Así no es imputable objetivamente al autor un resultado para evitar otro resultado amenazante más grave. Así las *STS de 11-2-1987* (RJ1987/1241) en relación con la actividad sanitaria, expresamente señala que «en tema de nexo causal, la jurisprudencia más reciente de esta Sala, siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce o no la existencia de una acción típicamente antijurídica y el juicio de imputación subjetiva que encuentra o no la existencia de culpabilidad, de modo que, dentro de la primera de tales imputaciones no basta, la relación causal entre acción y resultado, tal como la concebía la doctrina tradicional, sino que es menester que a la noción de causa, tal como es entendida por las ciencias naturales y que encuentra su traducción en la doctrina de la *conditio sine qua non* o de equivalencia de condiciones, se añada la relevancia jurídico penal de tal nexo causal, relevancia que ha de determinarse desde el plano de la tipicidad, es decir, conforme al sentido del tipo, el cual, a su vez, se refiere a condiciones de resultados generalmente apropiadas o adecuadas desde el punto de vista de la vida o experiencia, con lo que la teoría de la adecuación se inserta en la de la relevancia típica, completando así el círculo de la imputación objetiva; o dicho en otros términos, se pasa de una causalidad material a una causalidad jurí-

---

(16) Roxin, K, Derecho Penal, parte general, I, cit., págs. 365 y ss, considera, por el contrario las actividades médicas como supuestos de riesgos permitidos, únicamente considera el ejercicio de la profesión médica como supuesto de disminución del riesgo la imposibilidad del médico «de aplazar la inevitable muerte del paciente». Nuestra Jurisprudencia lo considera como supuesta de disminución del riesgo, aún cuando existe un segundo resultado ocasionado por la acción médica, el cual disminuye el más grave.

dica, transición igualmente aplicable a los delitos dolosos como a los culposos, de suerte que en estos últimos, si el componente negligente (elemento psicológico de la culpa), no infringe el deber de cuidado (elemento normativo atinente al injusto típico), el autor estará exento de responsabilidad».

## CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo acoge plenamente el denominado juicio de imputación objetiva en términos coincidentes con la doctrina, y como tal este juicio requiere de dos momentos y elementos necesarios y sucesivos, pero teniendo en cuenta que únicamente constatado el primero se podrá determinar el segundo criterio: relación de causalidad e imputación objetiva, en el sentido de que el resultado efectivamente producido se pueda atribuir al comportamiento siempre y cuando el resultado implique la producción o aumento de un riesgo de los que trataba de evitar la norma. Considera que es la causalidad natural la que más virtudes tiene, sin embargo, la coloca en un plano natural y previo a cualquier consideración jurídico-penal, de modo que sirve únicamente para fundamentar el nexo entre comportamiento y resultado. Pero consciente del exceso a que conduce ésta teoría, acoge la imputación objetiva del resultado, para que sirva como criterio restrictivo de la equivalencia y pueda permitir que lo que se circunscribe al ámbito natural, pueda desplegar efectos jurídicos-penales, esto es, que funcione en el ámbito penal.

Gimbernat (17), considera que lo característico de la imputación objetiva es, positivamente, un elemento normativo del tipo, y, negativamente, un elemento del tipo que se distingue de todos los demás en que, mientras estos son mencionados expresamente por la Ley, a la imputación objetiva la Ley no alude para nada. Frente a esto, es necesario decir que habrá de encontrar un fundamento a la imputación objetiva, y así, nuestro Tribunal Supremo en *Sentencia de 3 de abril de 1992* (RJ1992/2877), considera que la imputación objetiva encuentra un fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, el cual se puede extraer de la Ley, «la imputación objetiva, partiendo del necesario presupuesto causal, se conecta, necesariamente, con el principio de culpabilidad del art. 1.2 del Código Penal (LO 8/1983)».

---

(17) Gimbernat «Qué es la imputación objetiva», en *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid págs.209 y ss.

En los tipos dolosos son necesarios: la acción (en sentido amplio), el resultado dañoso y el dolo.

En los tipos imprudentes son necesarios (*SSTS 15/3/1976, 29/10/1994, RJ 1976/1151 y 1994/8333*):

- Acción u omisión voluntaria no maliciosa.
- Infracción de un deber de cuidado.
- Creación de un riesgo previsible y evitable.
- Relación de causalidad con la conducta descuidada.
- Resultado.

## EL DERECHO DE AFILIACIÓN POLÍTICA DEL MILITAR

Juan José Herbón Costas  
*Teniente Auditor*

### SUMARIO

1. Los problemas surgidos en torno al art. 181 ROFAS. 2. Las teorías en torno al fundamento material que justifican las limitaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas del militar. 3. La regulación del derecho de afiliación política en el ámbito internacional. 4. Las reformas legislativas de 2002. 5. Conclusiones.

#### 1. LOS PROBLEMAS SURGIDOS EN TORNO AL ART. 181 ROFAS

El derecho de afiliación política no es más que una manifestación específica del más amplio derecho de asociación, reconocido por el artículo 22 de nuestro texto constitucional. El derecho de asociación es un derecho de aparición tardía, ya que ni la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ni la posterior francesa de 1779 van a recogerlo, siguiendo los planteamientos doctrinales de Rousseau, quién se oponía al reconocimiento de cualquier derecho de carácter colectivo por considerar éstos como fracturadores de la fuerza de la sociedad (1). Sin embargo, la Declaración Francesa sí reconoce el asociacionismo político en su artículo 2, quizá debido al propio sentido del proceso revolucionario francés, que

---

(1) Francisco Fernández Segado, *El Sistema Constitucional Español*, página 156, Ed. Dykinson, Madrid, 1993.

traslada la capacidad decisoria de los designios de la nación de un grupo extraordinariamente reducido, que lo detentaba desde tiempos inmemoriales (el trinomio monarquía-aristocracia-clero), a los ciudadanos de a pie, verdaderos protagonistas de la Historia de cualquier país.

Sin entrar en un prolijo desarrollo de la evolución histórica del derecho de afiliación política, que ha venido ligado en muchas ocasiones al más genérico derecho de asociación, y que excede el objetivo de este trabajo, sí parece necesario antes de entrar en materia realizar un pequeño resumen de los vaivenes históricos que ha sufrido el derecho de los militares a asociarse políticamente. Peñarrubia Iza (2) señala como primer precedente de una asociación militar los Montepíos Militares que se establecen en 1761, aunque algunos autores como Parada Vázquez no consideran dichos entes como propias asociaciones profesionales, y evidentemente, carecen de finalidad política.

Dentro del ámbito normativo instaurado por la primera Ley de Asociaciones de nuestra historia, la de 1887, que no hacía referencia alguna a la situación de los componentes de nuestros ejércitos en lo relativo al ejercicio de dicho derecho, aparecen dos normas jurídicas que van a especificar la posición de aquéllos: el Decreto de 9 de abril de 1900 y la Real Orden que lo desarrolla, de 6 de octubre del mismo año. Esta regulación va a someter a un doble control el ejercicio del asociacionismo militar: el de los Gobernadores civiles y tribunales ordinarios, que venía impuesto por la Ley de 1887, y el de las autoridades militares que imponía la normativa específica.

Otro de los momentos trascendentes en el desarrollo histórico del derecho de asociación de los militares, y que va a condicionar todo el desarrollo legislativo posterior originando el sistema extraordinariamente restrictivo actualmente vigente, sin parangón en el Derecho Comparado, como se expondrá con posterioridad, es la aparición de las llamadas «Juntas de Defensa». El origen de estos «pseudosindicatos» militares tiene su origen en las desigualdades a la hora del reconocimiento de méritos para el ascenso que padecían los militares destinados en la península frente a sus compañeros destinados en el protectorado de Marruecos, junto con la desmesurada situación de descrédito en que habían quedado nuestros ejércitos tras la pérdida de las colonias de ultramar en 1898, la cual se hace extraordinariamente patente en Cataluña donde determinados medios de comunicación (los periódicos «La Veu» y «El Cu-Cut»), satirizan descarnadamente la

---

(2) Joaquín María Peñarrubia Iza, *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales», Madrid, 2000.

imagen de unos profesionales de las armas en franca situación de crisis, originada por las derrotas en las guerras del 98. Las juntas fueron reguladas por el «Reglamento de la Unión y juntas de Defensa del Arma de Infantería. Su intención fue la de mejorar las condiciones de vida (paupérrimas) de los militares, pero pronto derivaron hacia la injerencia en cuestiones políticas, lo que unido a la indisciplina y sectarismo que provocaron, llevó a su disolución por el Real Decreto de 13 de noviembre de 1922.

Las consecuencias de la situación provocada por las Juntas entre 1917 y 1922 provocó que la Constitución Republicana de 1931, no estableciera al recoger en su artículo 31 el derecho de asociación ninguna limitación, pero sí especificará en su artículo 41 la posibilidad de un asociacionismo funcional civil, por lo que a «sensu contrario» debía entenderse excluido el militar. Esta interpretación se vio confirmada cuando el Ministro de la guerra de la II República, Hidalgo, procedió a la proscripción de la afiliación política y sindical de los militares, por vía reglamentaria.

Durante el gobierno del General Franco, surge una nueva Ley de Asociaciones, la de 24 de diciembre de 1964, que guarda silencio sobre la posibilidad de afiliación política del militar. Y las dos leyes preconstitucionales que desarrollaron el asociacionismo político hasta el advenimiento en el año 2002 del paquete legislativo que ha actualizado ambos derechos, la Ley 21/1976, de 14 de junio, reguladora del Derecho de Asociación Política, y la posterior Ley 54/1978, de 4 de diciembre, reguladora de los Partidos Políticos, nada decían sobre la imposibilidad de afiliarse a un partido de un militar.

El advenimiento de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, refrendada por una amplísima mayoría del censo electoral español, con un voto afirmativo que rozó el 89% de los sufragios emitidos, supuso la consagración en su Título I de un catálogo de derechos y libertades sin parangón en el Derecho Comparado, debido en gran medida al empeño puesto por el constituyente en producir un texto que sacara a España del atraso que, en el disfrute de dichos derechos y libertades, venía padeciendo secularmente. Dentro de este conjunto de derechos se consagra en su artículo 22 el de asociación, caracterizándolo como fundamental y genérico. La primera de estas características le va a otorgar un especial sistema de protección, amparado en lo dispuesto por el artículo 53 del propio texto constitucional, y que se reflejará en la necesidad de su desarrollo legislativo por el procedimiento de Ley Orgánica (art. 81 CE) y la posibilidad de proteger las vulneraciones al mismo a través del recurso de amparo, bien ordinario (Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas), bien constitucio-

nal (art. 161.1 b) CE y desarrollado por los artículos 41 a 58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional). La segunda determina el carácter de la asociación como una mero marco de referencia que debe llenarse de contenido en función de las necesidades que aquélla deba satisfacer, ya sean éstas políticas, culturales, deportivas sindicales, corporativas ...

En la doctrina existen autores, como Álvarez Conde (3), que insisten en recalcar el carácter marcadamente político que presenta el derecho reconocido por la Constitución en su artículo 22. Esta posición es también sostenida por Fernández Segado (4), quién después de destacar la relación existente entre este derecho y los de libertad de expresión y el de libertad de reunión, señala al mismo como configurador del pluralismo político y medio de articulación de la participación ciudadana, de la que no puede excluirse al militar, quien además de ostentar esta condición, es un ciudadano más. La postura de Álvarez Conde tiene un sólido anclaje en la jurisprudencia constitucional (5), que ya desde sus primeras sentencias reconoció que el asociacionismo político era una de las modalidades del derecho de asociación amparadas en el marco del art. 22 CE.

El alcance de este derecho, no obstante, es mucho mayor. De Esteban (6) señala el carácter de derecho público subjetivo que ostenta el derecho de asociación. Esto supondría su pleno ejercicio por todos los ciudadanos españoles (los militares entre ellos), pero además por los extranjeros que se hallen en España, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, por la que se estableció la inconstitucionalidad del art. 8.2 de la Ley 7/1985, reguladora de los derechos de los extranjeros en España, por las restricciones que establecía al ejercicio de este derecho por aquéllos.

El problema concreto, dentro del marco jurídico establecido por la Constitución de 1978, lo va a plantear la aparición el 28 de diciembre de 1978 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por la Ley 85/1978, y que vulnerando lo dispuesto en el artículo 53 CE, que impide la limitación o desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas por cualquier procedimiento distinto al de la ley orgánica, excluye a los militares del ejercicio de su constitucional derecho a la afiliación política (y sindical) en su artículo 181: «*Los miembros de las*

---

(3) Enrique Álvarez Conde, *El régimen político español*, página 335, Tecnos, Madrid, 1991.

(4) Francisco Fernández Segado, *Op. cit.*, página 382.

(5) STC 3/1981, de 2 de febrero, en su fundamento jurídico 1.º así lo reconoce.

(6) Jorge De Esteban, *Curso de Derecho Constitucional Español* Vol. II, página 195, Universidad Complutense, 1993.

*Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos ni asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas ni indirectas de huelga. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».* ¿Hasta que punto una norma jurídica de rango legal, que tiene por objeto fundamental regular el estatuto jurídico de los profesionales encargados de la defensa de la Patria, y de todos los que en el cumplimiento de su derecho y deber de contribuir a la protección de la misma prestan su servicio militar conforme a lo dispuesto en el art. 30. 1 CE, puede vulnerar el mandato de los artículos 53 y 81 de la misma, configuradores de la protección del núcleo duro del texto constitucional, y cercenar uno de los derechos que como ciudadanos españoles tienen reconocidos nuestros militares?

Lo más atrayente de esta polémica, no es la flagrante vulneración del derecho, que es a todas luces evidente, sino el silencio que el Tribunal Constitucional ha guardado durante 20 años, hasta que en la Sentencia de 31 de octubre de 2001, cuyo ponente fue Cachón Villar, el voto particular del profesor González Campos destaca las reiteradas vulneraciones que a lo largo del texto del art. 181 ROFAS se realizan al art. 22 CE. Destaca el Magistrado en el fundamento jurídico 2.º de su voto: «... *el carácter restrictivo del precepto para el derecho de asociación se evidencia en el inciso «por cuyos intereses vela el Estado», al establecer así una genérica protección de los «intereses» de los miembros de las Fuerzas Armadas que resulta difícil de acoger. Pues basta reparar en que con tal atribución al Estado se incide, negativamente, en un aspecto nuclear del derecho fundamental del art. 22 CE: la libertad de de aquéllos de crear asociaciones a las que encomendar la defensa de sus intereses, como hemos declarado desde la STC 5/1981, de 13 de febrero. Y ello es tanto más palmario cuando no existe en la Constitución una expresa previsión legal sobre las modalidades del ejercicio o los límites del derecho de asociación por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas».* Respecto a la referencia a la prohibición de asociaciones con finalidad reivindicativa, señala en su fundamento jurídico 3.º: «... *desde una perspectiva formal, cabe apreciar que la citada Ley 85/1978 no tiene, claro es, el carácter de orgánica, ni ha sido reiterada por una Ley Orgánica posterior, como sí ha ocurrido respecto a la prohibición relativa a la participación en «sindicatos» por el art.1.3 LOLS ...».* Pero, por si cabía alguna duda, el colofón a esta sucesión de atinadísimos razonamientos del profesor González Campos se encuentra en

el comienzo del fundamento jurídico 4.º de su voto particular: «*Respecto a los requisitos constitucionales de carácter material, es claro que el art. 181 de las Reales Ordenanzas introduce una prohibición que restringe el derecho de asociación sin que la misma encuentre fundamento en una expresa previsión constitucional, pues no nos encontramos en los que se contienen en el art. 22 CE. Lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto sin necesidad de otras consideraciones. Pero cabe agregar, además, que su enunciado tampoco cumple otra exigencia establecida por este Tribunal: que la limitación que introduce del derecho fundamental sea cierta y previsible, pues en otro caso la restricción del derecho queda al arbitrio de quien ha de aplicar la Ley ...*».

La interpretación de González Campos supera la tibieza de la STC de la que es complemento, la cual se limita simplemente a declarar que la tradicional equiparación con el concepto de sindicato de cualquier plataforma de reivindicación creada por los militares para la protección de sus derechos sociales, para así prohibirla al amparo del art. 181, es errónea, ya que pueden existir asociaciones profesionales que busquen la defensa de los intereses de sus asociados y que no conlleven la adopción de medidas de conflicto colectivo, en concreto la huelga (que es la nota caracterizadora de los sindicatos), y entra a conocer del verdadero alcance de la restricción impuesta por el art. 181 ROFAS al derecho de asociación de los militares, y por ende a la manifestación política de dicho derecho, concluyendo tajantemente sobre su inconstitucionalidad no sólo por motivos formales (no respeto al procedimiento de Ley Orgánica), sino por motivos materiales (no ceñirse al catálogo de asociaciones prohibidas que establece el art. 22 CE en su texto, en el cual no se establece ninguna restricción a que los militares ejerciten su derecho).

¿Por qué en 20 años de funcionamiento el TC no ha conocido de la problemática planteada por las Ordenanzas en torno a este punto? Las razones pueden ser variadas y de diverso peso. Una puede ser la «espada de Damocles» que pende sobre los militares en forma de estricto régimen disciplinario, y en el que, como se verá posteriormente, están tipificadas como falta grave (o muy grave en el caso de la Guardia Civil) las conductas asociativas. Pero otra, y en mi modesta opinión, mucho más importante, es la que se refiere a la manifestación concreta del derecho de asociación que ha generado conflictividad ante los órganos jurisdiccionales, y que ha venido referida históricamente al deseo de grupos de militares de poder contar con sindicatos que representaran sus intereses laborales, y que por el estado que nuestra legislación presenta desde 1985 se han visto abocadas al fracaso, debido a la proscripción que de los sindicatos de militares realiza el art. 1.3 L.O. 11/1985 de Libertad Sindical.

¿Significa esto, por tanto, que no ha existido una inquietud entre los miembros de las Fuerzas Armadas para poder compaginar su profesión con la pertenencia, aunque fuera como simple afiliado, a un partido político? Considero erróneo este planteamiento. Desde la apertura de nuestro régimen político al juego democrático, han existido ejemplos de militares que han ocupado escaños en nuestro Parlamento, y no me refiero a las ya tradicionales figuras de los respectivos Ministros de los correspondientes Ejércitos que existieron en los primeros momentos de nuestra transición política, sino a figuras como D. Julio Busquets; al que fuera Vicepresidente del primer gobierno de Adolfo Suárez, D. Alfonso Osorio; o el actual Ministro de Defensa, Excmo. Sr. D. Federico Trillo-Figueroa y Martínez Conde. En mi opinión, ha sido la habilitación de cauces que posibilitaran el pase de los militares que lo desearan a la «arena» política, a través de la figura de la excedencia voluntaria, evitando las incomodidades de poderse ver sometidos a la apertura de un procedimiento disciplinario, lo que ha llevado a que la reclamación de los derechos políticos de los militares se haya visto ensombrecida por su «hermana» sindical. Y a dicha situación ayuda el que un militar puede ejercitar su derecho al sufragio activo, que como ciudadano le corresponde, sin ningún problema, y saciar así, en cierta medida, sus inquietudes políticas. Sin olvidar, por otra parte, que esta situación no ha sido permanente, porque tanto Busquets como Osorio tuvieron que renunciar a su condición de militares para poder presentarse a las elecciones de 15 de junio de 1977, por no permitirles la legislación militar de la época el ejercicio de dicho derecho manteniendo su condición.

La inconstitucionalidad de esta situación, que justificaba la aplicación del Código de Justicia Militar, en concreto de lo previsto en su art. 329.4, que consideraba falta grave el asistir a manifestaciones políticas por primera vez, o del instituto de la reincidencia previsto en su art. 307, que permitía enjuiciar como delito la comisión de cuatro faltas graves contra la neutralidad política del militar, se prolongó, al menos desde un punto de vista formal, hasta que se aprobó el 27 de noviembre de 1985 la Ley Orgánica reguladora del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Esta norma, que sí fue aprobada por el procedimiento exigido por los artículos 53 y 81 CE para la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, consideraba en su art. 8.31 falta leve «*prestar colaboración a organizaciones políticas ... sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida*», y en su art. 9.28 como falta grave el afiliarse a una organización política y sindical sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida. Podría pensarse que los problemas de constitucionalidad abiertos por la Ley 85/1978 quedaron

subsanaos por la aparición del nuevo régimen disciplinario militar, que extraía del ámbito penal las faltas y las otorgaba un mero carácter administrativo, y que formalmente respetaba las exigencias de procedimiento constitucionales (esto es: la tramitación como Ley Orgánica). Sin embargo, no puede considerarse, desde mi punto de vista, que una ley meramente represiva, como lo fue la de 1985, y como lo son las actualmente vigentes de la Guardia Civil, aprobada en 1991, y la de 1998 para el resto de militares, pueda limitar un derecho fundamental, cuando la norma jurídica que se define a sí misma como reguladora de los derechos y deberes de los militares, la que define cual es su estatuto jurídico, vulnera groseramente tanto en el fondo como en la forma las más mínimas exigencias constitucionales. Esta opinión ya era manifestada por Bautista Samaniego (7) en 1989, y es, como se acaba de ver, la defendida en su voto particular a la STC 219/2001 por González Campos.

Las consecuencias de esta interpretación son trascendentales, porque supondría que cualquier sanción impuesta a un militar en vía disciplinaria por aplicación de los actualmente vigentes arts. 8.34 L.O 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que considera falta grave estar afiliado a una organización política sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida (repetiendo exactamente la fórmula de la ley de 1985), y art. 9.7 L.O. 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, que castiga como falta muy grave *«promover o pertenecer a partidos políticos ...»*, sería inconstitucional, y susceptible de ser recurrida en amparo por vulneración del art.22 CE.

No es menos cierto que frente a esta interpretación podría oponerse el principio de legalidad en materia punitiva, expresado en el art. 25.1 CE, y que ha venido entendiéndose por la doctrina penalista como necesidad de Ley Orgánica tanto para el establecimiento de tipos penales como para la imposición de penas para los mismos, y que en el precepto constitucional se amplía su extensión al ámbito disciplinario: *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»*. Pero el hecho del respeto formal al procedimiento normativo establecido en la Constitución para la tipificación y sanción de las conductas, no soslaya que la «regulación material» que debe fundamentar la limitación del derecho fundamental infrinja,

---

(7) José María Bautista Samaniego, «Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en las ROFAS», en REDM n.º 54, julio-diciembre 1989.

tanto desde un punto de vista formal como material, nuestra Norma Fundamental. ¿Sería constitucional que una Ley Orgánica tipificará como sanción administrativa el acudir a ceremonias religiosas de cualquier rito o confesión, e impusiera sanciones a los ciudadanos que infringieran dicha norma, sin ninguna justificación aparente o sin el respaldo de otra norma, aprobada conforme al procedimiento necesario para limitar derechos fundamentales, que debido a razones de orden público, estableciera los motivos de dicha restricción al alcance del art. 16? La respuesta negativa parece evidente.

Históricamente se ha argumentado variadas teorías que han tratado de justificar el fundamento material que impedía el ejercicio de los derechos políticos del militar. De entre todas ellas, quizá haya sido la más extendida la de la necesaria neutralidad de las Fuerzas Armadas. Esta teoría es heredada por nuestra legislación militar del Derecho Francés, que se convierte en el modelo a seguir, como en muchas otras materias dentro del campo del Derecho Administrativo, en la estructuración del estatuto jurídico de nuestros militares. Sin embargo, el desfase de este planteamiento se comprobará con posterioridad al analizarse el estado de las legislaciones de nuestro entorno en el ámbito del Derecho Comparado.

## 2. LAS TEORÍAS EN TORNO AL FUNDAMENTO MATERIAL QUE JUSTIFICA LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DEL MILITAR

Diversas ha sido las teorías que se han establecido para justificar las privaciones de ciertos derechos que los militares sufren por el solo hecho de ostentar tal condición. Una de las más importantes, como se ha mencionado con anterioridad, es la que centra el fundamento de aquéllas en el mantenimiento de la neutralidad de las FAS dentro de la estructura constitucional del Estado, y que para conseguir tal objetivo, considera necesario restringir a los militares cualquier manifestación política, con excepción de su innato derecho al sufragio activo. Hay un grupo importante de autores que se constituyen en valedores de este planteamiento. Así, Corrales Elizondo (8) sostiene: «*Estas limitaciones de los derechos del militar, jus-*

---

(8) Agustín Corrales Elizondo, «Consideración sobre un posible Estatuto General de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la Ley 17/1999, de 18 de mayo», dentro de la obra colectiva *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios políticos militares*, páginas 17 y 18. MinisDef, Subsecretaría de Defensa.

*tificadas tradicionalmente en la necesidad de que quienes mantengan tan altas misiones y tienen la atribución del uso de las armas permanezcan al margen de la actuación política y sindical ha tenido distintas matizaciones y enfoques. En la exageración, Alfredo Vigny decía que «el Ejército era ciego y mudo», y De Wytt hablaba de un ideal de fuerza armada como máquina inconsciente a disposición del Gobierno».*

No obstante la importancia histórica de este planteamiento, aparece hoy en regresión. F. Trillo-Figueroa (9) afirma: *«Tradicionalmente se afirma que el fundamento material de estas restricciones era un necesario y absoluto apoliticismo de los Ejércitos, y por ello, de sus miembros ... Este pretendido apoliticismo, es hoy considerado como utópico e indeseable. Utópico porque no puede pretenderse que el militar renuncie a su condición de ciudadano inmerso en la realidad socio-política de su país ...»*. En este mismo sentido avanza Morales Villanueva (10), citando a Flórez Estrada, quien ya en el siglo XIX advirtió que el equilibrio entre la necesaria disciplina y el lógico reconocimiento de los derechos de los militares como ciudadanos está la clave del deseado equilibrio que ha de existir en las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus funciones. Pero incide, en el mismo sentido que hacía Trillo, en destacar el desfase de la teoría de la neutralidad política de las FAS como causa de las limitaciones de los derechos fundamentales: *«La antigua teoría de que el «Ejército es ciego y mudo» (Alfredo Vigny), o aquella otra de que el «ideal será que la Fuerza Armada sea una máquina inconsciente que el Gobierno puede poner en movimiento apretando un botón eléctrico (Leon Duguít) han quedado desfasadas y fuera de todo contexto; ante todo es un ciudadano que se debe a su Patria, por encima de su pertenencia a una institución de la misma, y por tanto ha de participar, como cualquier otro, en los avatares de la vida cotidiana. Bien es verdad que teniendo presente la delicada misión que el Estado le encomienda y al ser depositario del poder coactivo del mismo, parece razonable que actualmente aún tenga limitado el ejercicio de algunos derechos. Este recorte fundamenta en el principio de jerarquía (base de las instituciones castrenses), el apartidismo de las FAS, tanto a nivel individual, como institucional. Ahora bien, el apartidismo no significa apoliticismo. El*

---

(9) Federico Trillo-Figueroa y Martínez Conde, «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española», Revista de Estudios Políticos n.º 12, Nueva Época, noviembre-diciembre 1979, páginas 125 y ss.

(10) Antonio Morales Villanueva, «Los derechos políticos del militar profesional», en el trabajo colectivo «Libertades Públicas y Fuerzas Armadas». *Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*. Madrid, 1984.

*apoliticismo del militar es una aberración que le condena a un vacío intelectual. No podemos olvidar que antes de militar es ciudadano y como tal, animal político, que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes».* Morales rechaza, por tanto, la teoría del apoliticismo, entendiendo que es necesario que el militar tenga ideas políticas y que se interese por ellas, sosteniendo exclusivamente el apartidismo como expresión de proselitismo, que sí minaría el fundamento material de las limitaciones que sufre el militar en sus derechos, y que toma de Flórez Estrada: la disciplina y la jerarquía que necesariamente imperan en los Ejércitos.

Aparece por tanto una segunda posibilidad en el establecimiento de límites a los derechos de los militares: la disciplina. Uno de los defensores de este punto de vista es Fernández-Piñeyro y Hernández (11), quien destaca la disciplina y la unidad de los Ejércitos como fundamento de las limitaciones a las que se ve sometido el militar en el marco del art. 8 CE, que establece la posición de las FAS en el entramado constitucional: *«En definitiva, es la adecuada y eficaz configuración de la Institución Militar (...) su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida, lo que permite el establecimiento de límites específicos al ejercicio por sus miembros del derecho de asociación ...».*

Como una tercera vía en la búsqueda del fundamento que permita justificar la restricción a un grupo de ciudadanos de algunos de sus derechos fundamentales y libertades públicas en función de su adscripción profesional puede considerarse la defendida por Mozo Seoane (12). Este autor fija su atención en la relación que vincula al militar con las FAS, y considera que existen dos teorías que explican la misma y que justifican la intromisión en el ámbito de los derechos del militar:

a) Teorías que siguen un criterio orgánico: el militar presenta una especialidad dentro de la organización estatal, y por ello requiere «un ordenamiento específico regulado por principios propios para satisfacer unas finalidades u objetivos constitucionalmente legitimados». Ejemplos de este grupo de teorías serían la doctrina institucionalista o italiana defendida por Santi Romano, o la anglosajona de la comunidad separada.

---

(11) Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández, «El derecho de asociación de los militares en España», en la obra colectiva *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, página 47. Minisdef, Subsecretaría de Defensa.

(12) Antonio Mozo Seoane, «Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional», en la obra colectiva *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, página 42. Minisdef, Subsecretaría de Defensa.

b) Teorías que defienden la relación jurídica que une a una persona con el Estado: la teoría estatutaria francesa, pero, sobre todo, la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción. Esta última teoría merece una atención especial.

La teoría de las relaciones especiales de sujeción, en su formulación originaria planteada, entre otros por Laband, Jellinek o Mayer, supone el establecimiento de un vínculo de lealtad y obediencia entre el funcionario y el Estado que otorgaba a éste último una posición de supremacía en el ámbito doméstico o separado del resto de la ciudadanía, que posibilitaba que la Administración no estuviera vinculada por la reserva de ley, con lo cual se concluía que podía limitar los derechos de aquéllos sin recurrir al procedimiento legislativo, incluso por la vía reglamentaria. El hecho es que en el momento en el que el Derecho Español recibe esta concepción doctrinal, ésta ya aparecía muy atenuada en cuanto a la posibilidad de exención del respeto a trámite legislativo en la regulación de las posiciones jurídicas de los particulares, y por ello una parte de la doctrina administrativista aboga por su superación, posición que parece abonar el TC en su Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre: *«Las relaciones de sujeción especial no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derecho fundamentales»*. Por ello argumenta Mozo (13): *«La verdadera fundamentación material de unos razonados y proporcionados límites de las libertades públicas del militar del militar profesional pueden encontrarse, en nuestra opinión, en el principio de neutralidad política exigible a aquél»*. Se ve con claridad como después de intentar de encontrar una vía alternativa a la tradicional dicotomía neutralidad política «versus» disciplina, Mozo vuelve a los caminos tradicionales ante la imposibilidad de justificar con un mínimo fundamento las restricciones en el concepto de relaciones especiales de sujeción.

Finalmente, cabe señalar el rechazo del concepto del «voluntarismo» realizado por Peñarrubia Iza (14), como fundamento material de las restricciones de derechos fundamentales al militar. Esta teoría sostiene que el militar al ingresar en la Fuerzas Armadas y adquirir su condición renuncia voluntariamente a sus derechos, y entre ellos al de afiliarse a un partido político. Así lo manifiesta este autor: *«Por otro lado el voluntarismo, es decir, la idea de que esas limitaciones han sido aceptadas voluntariamente por el militar es, jurídicamente insostenible. Es tanto como decir que desde el momento de vestir el uniforme, un titular de los derechos fundamentales renuncia a los mismos, cuando la renuncia a los propios dere-*

---

(13) Antonio Mozo Seoane, *op. cit.*, página 44.

(14) Joaquín María Peñarrubia Iza, *op. cit.*, páginas 91 y ss.

*chos, según la Teoría General del Derecho, sólo puede producirse «cuando no contraríe el interés o el orden público, ni perjudique a terceros», según reza el art. 6.1 del Código Civil. Pues bien, aun cuando sea posible, la renuncia a un derecho tiene que producirse en circunstancias determinadas, en una relación jurídica concreta, pero no puede hacerse con carácter general o de forma permanente. Pero es más, en el marco de los derechos fundamentales nos encontramos con un tipo de derechos inherentes a la condición humana o de ciudadano, y por tanto, genéricamente irrenunciables por cualquier persona, y en consecuencia, también para los funcionarios y para los militares».*

Del análisis de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que el fundamento material que puede justificar la intromisión en el derecho fundamental de asociación reconocido a toda persona en el art. 22 CE, y que no ha sido restringido de manera expresa ni por la legislación preconstitucional que desarrollaba dicho derecho ni, como se verá con posterioridad, por la nueva legislación que desarrolla los arts 6 y 22 CE, no es otro que la disciplina. Y es que la neutralidad política, además de referirse más a la Institución Militar en su conjunto, difícilmente puede ser comprometida por la actuación privada de un ciudadano que en el ámbito de su autonomía particular ejerce la opción de afiliarse a una u otra tendencia política, además de haber caído en desgracia dentro de la doctrina. Pero tampoco la disciplina queda comprometida por el ejercicio del derecho de afiliación política del militar. Donde sí queda comprometida la disciplina es en el ejercicio de actividades que supongan proselitismo político, pero ese objetivo queda fuera del objeto de estudio del presente trabajo. La pregunta fundamental que debe plantearse es la siguiente: ¿en qué medida el hecho de que un militar se afilie a un partido político, dentro de un sistema democrático que le reconoce el derecho al sufragio activo, y por lo tanto la participación de pleno derecho en la formación de la voluntad política de la comunidad como ciudadano español de pleno derecho que es, pone en entredicho la eficacia de la disciplina, de las órdenes recibidas dentro de una cadena jerárquica de mando cuando viste el uniforme en el desempeño de su profesión?

### 3. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE AFILIACIÓN POLÍTICA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Es inexcusable en cualquier análisis que se haga de la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas realizar una referencia, aunque sea somera, a la situación que tanto en el ámbito propio del Derecho

Internacional (léase Declaraciones de Derechos), como en el de las legislaciones nacionales de los países de nuestro entorno político-cultural, se encuentran los mismos, para así tener un punto de referencia válido tanto de los parámetros básicos que los principios comúnmente aceptados por las naciones de la comunidad internacional imponen en la materia, como también de la experiencia de otros países, que nos pueda permitir introducir determinados avances que se hayan ya consolidado en aquéllas, y que puedan servir como criterios válidos a la hora de introducir reformas en nuestra legislación.

Este planteamiento no es caprichoso, sino que viene impuesto por el art. 10.2 CE: *«Las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España»*. El propio TC ha reconocido la importancia de dichos instrumentos jurídicos. Así, en el fundamento jurídico 6.º de la STC 254/1993 establece que estos Convenios *«configuran el sentido y alcance de los derechos»*, o como diría en el fundamento jurídico 5.º de la STC 28/1991, *«los perfiles exactos de su contenido»*. Pero en ningún caso pueden tener la consideración de parámetros de constitucionalidad como determina el fundamento jurídico 4.º de la STC 64/1991: *«La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales»*.

Dentro de los grandes convenios internacionales firmados sobre derechos humanos, destaca sin duda por su importancia la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, firmado en Nueva York el 10 de diciembre de ese año. Este convenio surge con una vocación de universalidad que aparece plasmada en su art. 2: *«Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración ...»*. La referencia explícita en su texto al derecho de asociación se encuentra en el art. 20: *«Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas»* (ap. 1); *«Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación»* (ap. 2). La conexión entre el contenido de este artículo, y la doctrina sostenida por el TC en su jurisprudencia, entre otras en la STC 67/1985, en la que se defiende la existencia de dos aspectos dentro del derecho de asociación, uno positivo entendido como libertad de asociarse, y otro negativo como imposibilidad de obligar a nadie a afiliarse a una asociación, es inmediata. No obstante, aunque de lo visto pudiera aparecer la idea al lector de que la declaración no impone límite alguno a los militares en el ejer-

cicio de este derecho, el art. 29.2 establece que *«en el ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley ...»*. Se va a establecer un principio de legalidad en la imposición de restricciones al libre ejercicio de los derechos, pero no libre, sino fundamentado en *«... asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y del bienestar general en una sociedad democrática»*. Por tanto se va a imponer una dualidad de requisitos a la limitación de los derechos fundamentales de las personas: unos de tipo formal, plasmados en la exigencia de un tipo de norma jurídica, la ley, aprobada por los órganos elegidos democráticamente por el pueblo (*«... en una sociedad democrática»*), y que la CE va a establecer a favor de la Ley Orgánica; y otros de tipo material referidos a que las restricciones o sean caprichosas, sino que vengan fundamentadas en razones de orden moral, orden público o del bienestar general de la población, que parecen desde mi punto de vista, no justificadas en España, en la medida en que la tan traída neutralidad de las FAS no viene condicionada por el hecho de que un militar como ciudadano de a pie pueda afiliarse a una tendencia política de su agrado, y colaborar con ella en todo aquello que no suponga hacer uso de su condición ni de su uniforme. Es el proselitismo político es que vulnera dicha neutralidad. En cualquier caso, la importancia de este documento radica en que el doble requisito formal-material que impone va a ser seguido por el resto de textos internacionales y por las propias legislaciones internas, al menos en los Estados democráticos, como es el caso de España.

En 1950 se firmó, dentro del ámbito regional europeo, un convenio que tenía por objeto específico la protección de los derechos humanos y las libertades públicas. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, parte como principio fundamental, reconocido en su art. 1, del reconocimiento a toda persona dependiente de su jurisdicción de los derechos y libertades reconocidos en el Título I del convenio. Dentro de este grupo de derechos y libertades reconocidos, el art. 11.1 consagra la protección de la libertad de asociación: *«Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación ...»*. Pero admite en su apartado 2.º la posibilidad de restricciones al ejercicio del mismo, sometiendo el establecimiento de las mismas al procedimiento legal, y estableciendo como motivo para poder imponerlas, entre otros, *«la seguridad nacional»*, y concluyendo con al primera referencia específica que se encuentra en algún texto internacional a la posibilidad de que el

militar, por su propia condición, vea restringido su derecho: «*El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado*». El significado de este inciso final al apartado 2.º del artículo 11 ha de ser valorado en su justa medida, porque si bien un primer análisis permite afirmar la existencia de una habilitación al legislador nacional para poder establecer limitaciones al derecho de asociación del militar, no es menos cierto que no impone ninguna obligación para que así sea. Pero más importante aún: la habilitación que se realiza a favor del legislador interno no es absoluta o incondicionada, sino, por el contrario, limitada, «reglada», ya que cualquier limitación que se establezca respecto del asociacionismo militar ha de ser «legítima», introduciéndose, a mi entender, un requisito de naturaleza material que invalidaría cualquier tipo de restricción que habiendo respetado el correspondiente procedimiento legal, careciera de un fundamento material suficiente para justificar aquélla. Y esta es, a mi juicio, la situación en que se encuentran nuestras Ordenanzas.

El 16 de diciembre de 1966 se firmaron en Nueva York, bajo el auspicio de la ONU, dos instrumentos internacionales de protección de los derechos y libertades de extraordinaria importancia, los llamados Pactos de Derechos. De ellos, es el relativo a la protección de los Derechos Civiles y Políticos el que reconoce en su art. 22 el derecho de asociación: «*Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras ...*» (ap. 1.º). Este reconocimiento, en principio absoluto, aparece condicionado en los siguientes apartados, respondiendo a la tradicional doctrina unánimemente aceptada tanto en Derecho Nacional como en el Comparado de que no existen derechos absolutos (con la única excepción de la vida humana, aunque incluso sobre ésta parte de la doctrina admite también límites, tales como el aborto o la eutanasia). Y las restricciones que se van a imponer con las ya observadas en los anteriores textos: una formal, referida a la necesaria exigencia de respeto al principio de legalidad en la imposición de restricciones («... a las restricciones previstas por la ley ...»), y la exigencia de uno material, referido a que el fundamento último que justifique la intromisión del Estado en la esfera de ejercicio del derecho sea conforme a los valores que integran el Ordenamiento Jurídico (han de ser «*necesarias en una sociedad democrática*» y «legales»), cuando se refieran a la privación del derecho a los miembros de las Fuerzas Armadas.

Por lo que respecta a la situación existente en el Derecho Comparado, ésta es la que mejor va a reflejar cual es la situación de atraso y aislamiento en la que está sumergida nuestra legislación militar en lo que al reconoci-

miento de derechos políticos se refiere. Existen diversos trabajos en nuestra doctrina que se han acercado al estudio comparado de nuestra legislación y la de los países que nos rodean. Buiza Cortés (15) señala una clasificación en tres grupos de los sistemas de reconocimiento de derechos políticos de los militares:

a) Sistemas en que las restricciones se establecen en la Constitución: es el ejemplo italiano. El art. 98.3 de su Constitución así lo establece, siendo desarrollada tal previsión en vía legal por la Ley 383/1978, de 11 de julio. Lo que se limita no es el derecho de afiliación política, que está reconocido, sino la reunión y la expresión de ideas políticas; es decir, lo que se prohíbe en el sistema italiano no es la afiliación, sino el proselitismo político, que sí puede enturbiar tanto el funcionamiento de las FAS como la imagen de las mismas ante la ciudadanía, vulnerándose el principio de neutralidad.

b) Sistemas en que las restricciones se imponen en vía legislativa: es la situación que se produce en la legislación francesa (Ley de 13 de julio de 1972, que aprueba el Estatuto General de los Militares, cuyo art. 9 se prohíbe la afiliación política del militar). El sistema francés es de extraordinaria importancia, ya que nuestra legislación la tomó como modelo a seguir al establecer el régimen jurídico de la milicia.

También en Bélgica se sigue un sistema similar. El art. 15 de la Ley de 14 de enero de 1975 presenta un ejemplo de progresismo, al permitir la afiliación política del militar, restringiendo solamente la realización de actividades dentro de los recintos militares, para evitar afectar a la eficacia de la acción de mando. Fuera de estos recintos puede actuar al servicio de partidos políticos, integrándose como consejero del mismo en materias militares, en funciones de asesoramiento técnico.

c) Sistema de libertad política: en el Reino Unido de la Gran Bretaña existe libertad de afiliación, aunque no capacidad de participación política (se prohíbe el proselitismo). En Alemania sólo es contrario a la ley la afiliación a partidos que actúen contra el sistema democrático (partidos nazis; en concreto el prohibido NPD).

En cuanto a la posibilidad de que los militares concurren a una elecciones como elegibles; es decir, al ejercicio del sufragio pasivo, distingue este autor dos tipos de sistemas:

---

(15) Tomás Buiza Cortés, «Los militares y el derecho de participación política», dentro de la obra colectiva *Libertades Fundamentales y Fuerzas Armadas. Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense*, Madrid, 4-24 de febrero de 1984, páginas 373 y ss.

a) Prohibición absoluta: es una anomalía en el Derecho Comparado. De hecho, dentro de los sistemas jurídicos occidentales y democráticos sólo existe el ejemplo australiano.

b) Admisión, previo pase a una situación de licencia temporal durante la campaña electoral y la interrupción de las funciones militares durante su mandato, si resulta elegido. Es el régimen usual, el que contempla la Constitución española en el art. 70.1 e) y desarrolla la LOREG 5/1985, de 19 de junio, en su art. 7.3.

Peñarrubia Iza, por su parte, realiza un estudio comparativo de los ordenamientos francés y alemán, por ser diametralmente opuestos uno de otro. En Alemania, la creación del «Bundeswehr» (sucesora de la «Wehrmacht») tras el final de la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial vino presidida por dos principios fundamentales: en primer lugar, exigencia de un control parlamentario de las Fuerzas Armadas, y, en segundo lugar, la consideración del militar como un «ciudadano de uniforme». La implantación de un sistema tan novedoso en una fecha ciertamente prematura (1956), en un país con tan amplia tradición castrense como Alemania, que aunque como Estado tiene una historia ciertamente escasa, recibe las mejores esencias de la tradición militar prusiana, se debe a los desmanes que produjo en la «Wehrmacht» la politización y completa sumisión a los postulados del nazismo no sólo de las «Waffen SS», sino de una parte importante de la oficialidad alemana. Las consecuencias de este planteamiento son de un calado enorme, porque suponen el reconocimiento a los militares del conjunto de derechos que les corresponden como ciudadanos, con excepción de los que pudieran verse afectados por límites que traigan causa de la propia Ley Fundamental de Bonn de 1949 o de motivos de orden público, además de acabar con el anticuado concepto que llevaba a sostener que el militar se encontraba permanentemente de servicio. Ello posibilita el reconocimiento de los derechos de sufragio activo y pasivo del militar, así como su capacidad de afiliarse a un partido político o sindicato (16), como cualquier otro ciudadano.

En lo que respecta al derecho francés, éste se constituyó en el patrón sobre el que se planeó el estatuto jurídico de los militares españoles, influ-

---

(16) Aunque no es el tema de este trabajo, debe dejarse constancia que existen actualmente dos entidades sindicales a las que se encuentran afiliados los militares alemanes: la «Bundeswehrband», creada en 1956, de naturaleza exclusivamente militar y a la que están afiliados el 60% de los componentes del ejército alemán, incluyendo oficiales, suboficiales y reclutas, y la «Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, Transport und Verkehr» (Unión de Empresas y Transportes Públicos), sindicato de funcionarios alemanes, tanto civiles como militares.

yendo decisivamente en la redacción de las Reales Ordenanzas de 1978. El Estatuto General Militar, aprobado por la Ley de 13 de julio de 1972, reconoce en su art. 6 que «*los militares gozan de todos los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos*». Parece, a primera vista que el derecho francés acepta la teoría alemana del «ciudadano de uniforme». Sin embargo, el mismo artículo señalado establece que «*en todo caso, el ejercicio de ciertos derechos está o bien prohibido, o bien restringido en la condiciones fijadas en esta ley*». Esta declaración no es más que el preludio de lo establecido en el art. 9, que limita el derecho de asociación a los militares en activo, y que sirvió de fuente de inspiración para el texto definitivo del art. 181 de las ROFAS.

#### 4. LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2002

En el año 2002 se han producido una serie de movimientos legislativos para actualizar la obsoleta y preconstitucional regulación normativa del derecho de asociación contemplado en el art. 22 CE, que estaba constituida por la Ley 161/1964, y de su manifestación política que era regulada por la Ley 21/1976 en la parte en que había mantenido vigente la disposición derogatoria de la anterior Ley de Partidos Políticos, la Ley 54/1978. En este contexto han aparecido la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. A esto debe añadirse la presentación de una proposición de Ley Orgánica por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso para establecer la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas de los militares.

Por lo que se refiere a la primera de estas normas, la L.O. de Asociaciones, antes de entrar en el desarrollo del articulado de la nueva ley, es necesario hacer referencia al debate planteado en la Comisión del Senado entre los representantes de los distintos grupos parlamentarios en torno a la importante STC de 31 de octubre de 2001 y la diferente opinión sostenida por los senadores, en relación con la interpretación que aquélla ha realizado sobre el art. 181 ROFAS (17). Si bien es cierto que el debate se planteó no en torno al derecho de afiliación política de los militares, sino en torno a la posibilidad de creación y afiliación a asociaciones profesionales «no sindicales», parece necesario reflejarlo en estas páginas como ejemplo indicativo de las dudas que las restricciones de los derechos fundamentales de

---

(17) Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 44, de 18 de febrero de 2002.

los militares comienzan a plantear en ámbitos no estrictamente académicos, ni castrenses. Así, por el Grupo Parlamentario Socialista fue el Sr. Belloch Julbe quién defendió un veto en el que ocupaba parte importante la defensa del derecho de asociación de los miembros de las FAS y de la Guardia Civil, planteando si es sostenible actualmente la exclusión que mantienen las ROFAS, aludiendo a la ya mencionada STC 219/2001, de 31 de octubre y considerando la necesidad de distinguir a raíz de ésta entre asociaciones sindicales «strictu sensu» y asociaciones profesionales. Considera el G.P.S. que de esta sentencia se deduce una segunda de vía de asociacionismo profesional del militar, de naturaleza no sindical, que no puede a la luz de la CE ser limitada, sin que el hecho de que el TC no haya entrado a conocer de la posible inconstitucionalidad del art. 181 ROFAS en los ya 23 años de vigencia de esta ley pueda ser óbice para admitirse esta solución, pues no es menos cierto que en dicha STC se removieron las trabas para la legalización de la defensa de los derechos profesionales, económicos y sociales de los miembros de las Fuerzas Armadas, considerando inconstitucional la resolución del Ministerio del Interior que denegaba la inscripción en el Registro de Asociaciones de dicho Ministerio.

A esta argumentación contestó el portavoz del Grupo Parlamentario Popular, Sr. Uriarte Zulueta reseñando que la STC 219/2001 no declara la inconstitucionalidad del art. 181 ROFAS, sino solamente determinadas decisiones administrativas tomadas en virtud de dicho artículo, lo que es algo muy distinto. Y ello a pesar de que el Ponente inicialmente designado para redactar esta sentencia era partidario de plantear la inconstitucionalidad de dicho artículo, pero aquél fue sustituido posteriormente por otro que definitivamente confeccionó la misma y que decidió no plantear dicha cuestión (18).

En cuanto a las enmiendas presentadas en el Senado a este proyecto de L.O., destacan las presentadas por el senador Sr. Ríos Pérez, quien mantuvo dos de ellas, la número 67, al art. 3 c), para darle esta redacción: «*Los miembros de las FAS y de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que disponen las ROFAS y al resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación*»; y la número 78, que tenía por objeto la modificación del art. 181 ROFAS, dándole la siguiente redacción: «*Los miembros de las FAS, por cuyos intereses velará el Estado, no podrán fundar ni participar en sindicatos, en los términos del art. 28 de la Constitución. Los miembros de las FAS podrán ejercer el*

---

(18) El Ponente señalado definitivamente para redactar la Sentencia fue el Magistrado Cachón Villar.

*derecho de asociación reconocido por el art. 22 de la Constitución, si bien tal ejercicio no podrá implicar, en modo alguno, el incumplimiento de lo previsto en el párrafo precedente. En ningún caso los miembros de las FAS podrán condicionar el cumplimiento de su cometido a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga».*

Esta nueva redacción al art. 181 ROFAS soluciona en parte el problema del ejercicio del asociacionismo profesional del militar, aunque sigue dejando pendiente la cuestión de la limitación al asociacionismo político, que continuaría excluido, en consonancia con lo propuesto en la proposición de L.O. reguladora de los Derechos de los Militares, que parece denotar que la clase política tiene clara la necesidad de la limitación del mismo. Por ello aparece claro que son sólo los problemas de reivindicación profesional los que inquietan a los representantes de la Nación, siempre que estas no enturbien el correcto y eficaz cometido de su función por los militares. No obstante lo cual, el G.P.P. se opuso a dicha enmienda.

En cuanto a lo definitivamente fijado en el texto de la L.O., en su Exposición de Motivos destaca la opción por una regulación global del derecho (*«Se ha optado por incluir en único texto la regulación íntegra y global de todos estos aspectos relacionados con el derecho de asociación o con su libre ejercicio, frente a la posibilidad de distinguir, en sendos textos legales, los aspectos que constituyan el núcleo esencial del contenido de este derecho- y, por tanto, regulables mediante Ley Orgánica- de aquellos otros que por no tener ese carácter no requieren tal instrumento normativo»*), en todos sus aspectos, dentro de la Ley, en vez de realizar dos textos, uno en el que se contuvieran las normas con forma de L.O., es decir, las que afectan al contenido esencial del derecho, y otro por el procedimiento de ley ordinaria para el resto. La L.O. va a realizar una regulación de las asociaciones sin ánimo de lucro, siguiendo la tradición histórico-legislativa española, y dejando en manos de leyes especiales (civil, mercantil, canónica ...) el resto de formas asociativas.

Va a contemplar el derecho de asociación en una doble vertiente:

a) Del individuo: en un modo positivo, como libertad de asociacionismo; y de modo negativo, como proscripción de toda obligatoriedad de adscripción a asociación alguna. Recoge por tanto la reiterada doctrina del TC en torno a las dos variantes del derecho de asociación (STC 5/1981 de 13 de febrero).

b) De la asociación propiamente dicha: la reconoce capacidad de inscripción en el Registro de asociaciones, libertad de organización interna conforme a principios democráticos ...

En cuanto al contenido concreto del articulado de la ley, destaca en su art. 1.3 («*Se regirán por su legislación específica los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales*») la exclusión del asociacionismo político y sindical, que va a ser regulado por sus leyes específicas (la nueva L.O 6/2002 en lo referente al político, y la de 1985 en lo referente al sindical). Lo que va a remitir el problema a lo que disponga el texto de la nueva Ley Orgánica.

Pero el artículo que, a mi juicio, va a plantear extraordinarios problemas de interpretación va a ser el 3 c), el cual establece que «*los miembros de las FAS o de los Institutos Armados de naturaleza militar habrán de atenerse a lo que dispongan las ROFAS y el resto de sus normas específicas para el ejercicio del derecho de asociación*». Porque al no realizar un pronunciamiento expreso sobre la manifestación de este derecho que actualmente plantea conflictividad (la política), dejaba en manos de la interpretación de cada cual la validez de las ROFAS como criterio jurídicamente acertado de restricción de dicho derecho. Y así como la manifestación sindical no admite ninguna duda, ni en el fondo ni en la forma, debido a la limitación que realiza el art. 1.3 LOLS, en cuanto a la constitucionalidad de la restricción puramente política del derecho de asociación el debate permanece abierto. Y en esta cuestión, como ya se expuso, eran, a mi juicio, más los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la restricción que los que pueden oponerse en su contra. Porque lo que no puede entenderse en ningún caso, como ya se expuso, es que el art. 3 c) deba entenderse como criterio de elevación del «rango» (19) de las limitaciones establecidas por las Ordenanzas, otorgándose a una ley que tiene vedado el campo de actuación de los derechos fundamentales y libertades públicas (la Ley 85/1978), el carácter de legislación orgánica por la remisión efectuada en otra norma que sí disfruta de dicho carácter (L.O. 1/2002).

El segundo de los avances legislativos producidos a lo largo del transcurso del año 2002 ha sido la aprobación de una nueva Ley de Partidos, que ha sustituido a la legislación que desde 1976 regulaba la materia: la Ley 21/1976, de 14 de junio, de Asociaciones Políticas y la Ley 54/1978, de 4 de diciembre, de Partidos Políticos. Los motivos que han fundamen-

---

(19) Se utiliza la expresión rango entrecomillada porque, a pesar de que es un lugar común en la doctrina constitucionalista el rechazo de la teoría jerárquica en las relaciones entre las distintas normas con naturaleza de ley, se sigue empleando dicha expresión para referirse a los supuestos en que no se respeta el procedimiento establecido en el art. 81 CE.

tado esta reforma de la legislación referente al funcionamiento de los «*instrumentos fundamentales para la participación política*» (art. 6 CE) son de un variado carácter; ya formales, que se constatan en la necesidad de dar el adecuado desarrollo legislativo conforme a los arts. 53 y 81 CE a esta manifestación específica del art 22 CE; ya materiales, debido a la necesidad de reformular los parámetros básicos que determinen qué asociaciones pueden ejercitar el legítimo ejercicio del derecho que los arts. 6 y 22 CE reconocen. No obstante, son éstas últimas las razones que han llevado al poder legislativo a iniciar el proceso de reforma del régimen jurídico de los partidos políticos, como señala la Exposición de Motivos de la LO 6/2002 en su apartado I apartado 7.º: «*El objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo o la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y actividades de bandas terroristas. Especialmente si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades*». Es por tanto, la interdicción de los continuos agravios inflingidos al régimen democrático por ese «camaleón político» que ha representado al terrorismo vasco en las instituciones políticas españolas, nacionales y autonómicas, llamado en sus sucesivas fases históricas Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna, el que ha motivado la reforma de la legislación de partidos.

Por lo que respecta al tema objeto de estudio, esta Ley Orgánica presenta una especial importancia, porque constituye la oportunidad de imponer una solución a la situación de vulneración de los derechos fundamentales de naturaleza política de los miembros de las Fuerzas Armadas, como en su momento ocurrió con el derecho de sindicación en la LOLS de 1985. Pero el art. 1, titulado «*libertad de creación y afiliación*», constituye un principio básico de libertad del que no aparecen excluidos los militares: «*Los españoles podrán crear libremente partidos políticos conforme a lo dispuesto en la Constitución y en la presente Ley Orgánica*» (ap. 1.º). «*La afiliación a un partido político es libre y voluntaria. Nadie puede ser obligado a constituir un partido o a integrarse o a permanecer en el mismo*»

(ap. 2.º). Es muy posible que en la redacción de dicho artículo el legislador no tuviera en cuenta la situación en que se encuentran los miembros de las Fuerzas Armadas. O, incluso, que aun conociéndola, considerada la «perfecta constitucionalidad» (¿) de las Reales Ordenanzas. Pero no es menos cierto que lo que no puede vulnerar el legislador son los principios fundamentales sobre los que se establece nuestro Ordenamiento Jurídico, como es el de competencia, que es vulnerado al no respetar la reserva de Ley Orgánica que establece la Constitución, y al establecer restricciones una ley ordinaria (la 85/1978) al principio de libertad de creación y afiliación que establece la legislación orgánica de desarrollo de los arts. 6 y 22 CE. La conclusión más adecuada jurídicamente que puede extraerse es que si la propia L.O. destinada a regular el ejercicio por los españoles de la manifestación política asociativa no restringe dicho derecho a los militares, en consonancia con lo que la propia Constitución establece, difícilmente podrá entenderse que lo hacen las Ordenanzas, so pena de tirar por tierra los principios de competencia, temporalidad y especialidad en que se fundamenta nuestro Ordenamiento Jurídico.

Finalmente, un tercer intento de reforma legislativa ha surgido en este prolífico año 2002. Y no ha sido otro que la presentación por el Grupo Parlamentario Socialista ante la Mesa del Congreso, el 12 de enero de 2002, por medio de su portavoz, Dña. María Teresa Fernández de la Vega Sanz una proposición de Ley Orgánica con el objeto de adecuar el Estatuto jurídico de los militares tras 25 años de régimen democrático, a las exigencias de unas FAS en el siglo XXI.

Su Exposición de Motivos destaca como una de las primeras consideraciones la necesidad de que cualquier restricción de los derechos y libertades de los militares se produzca a través de las garantías de consenso que ofrecen el procedimiento de L.O. Por otra parte destaca que con dicha proposición se trata de dar cumplimiento a la D.F. 7.ª de la Ley 17/1999 de Régimen de Personal de las FAS, que ordenan la adaptación del régimen de derechos y libertades de los militares a un modelo de FAS profesionales, *«que comprende únicamente las limitaciones y particularidades estrictamente necesarias para salvaguardar las exigencias de la disciplina y de la seguridad y defensa nacional, siendo a la vez proporcionada y respetuosas con el contenido esencial de tales derechos fundamentales»* (Exp. Motivos, párrafo 4.º «in fine»). Esta proposición de ley está en estrecha relación con la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación y así lo destaca: *«En este sentido, la innovación más relevante de la presente L.O. es la habilitación de un procedimiento que, salvaguardando las citadas exigencias, permite un ejercicio del derecho de asociación por*

*parte de los militares. Esta innovación es además coherente con los nuevos cauces de participación del personal militar, previstos en la ley de régimen de personal, mediante los denominados Consejos Asesores de Personal»* (Exp. Motivos, párrafo 8.º). La importancia del derecho de asociación en esta proposición es enorme, porque no sólo le dedica el artículo más extenso (el 9), sino que va a declarar el carácter incompleto y anticuado de su desarrollo legislativo, al estar en la actualidad realizado por leyes anteriores a la CE (en la fecha de presentación de la proposición de Ley Orgánica no se había aprobado la nueva L.O.1/ 2002).

Por lo que se refiere a su articulado, comienza el art. 1 determinando el ámbito objetivo y subjetivo de la futura ley. En el ámbito personal, el apartado 2.º enumera como sujetos susceptibles de ser amparados en su ejercicio a los *«militares profesionales, a los alumnos de centros docentes de formación y a los reservistas activados»*. El ap. 3.º excluye del mismo, por su parte, a todos los miembros de las FAS que por su especial situación estén ajenos al régimen de derechos y obligaciones del militar (excedencias voluntarias, servicios especiales, reservas, retiros ...). Esto va a suponer que sólo van a gozar de la capacidad de ejercicio del derecho asociativo los militares que se encuentran en una relación directa con el desempeño activo de la profesión militar, lo cual puede considerarse una restricción injustificada, porque con independencia de la relación directa o no con el desempeño *«actual»* de algún cometido concreto dentro de la función de defensa de la Patria, todo militar, por el hecho de ostentar esta condición tiene interés en poder asociarse con sus compañeros e integrarse en ese foro de debate que dicha asociación va a suponer en la discusión y defensa de la problemática específica de dicha profesión.

Requiere una especial atención el art. 1.4. Este artículo reviste a mi juicio especial importancia porque resuelve las dudas que estaban planteadas desde la aprobación de las Ordenanzas en 1979, ya que establece la plena titularidad del militar *«... a los derechos fundamentales y libertades públicas, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la Constitución, en sus disposiciones de desarrollo, en las leyes penales y disciplinarias militares y en esta ley orgánica»*, con lo cual se equipara el trato de los militares al del resto de los ciudadanos, estableciendo los derechos fundamentales del militar, y sus posibles restricciones por el correspondiente cauce legal (la Ley Orgánica) sin que quepa ya manejar el manido concepto del militar como *«ciudadano de segunda categoría»*.

Pero si el art. 1 es importante, puede decirse sin temor a error que el 3 tiene, si cabe, mayor trascendencia, ya que disipa todas las dudas de inconstitucionalidad suscitadas por la interpretación de los arts. 180, 181

y 182 ROFAS: *«El militar deberá respetar el principio de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos, se abstendrá de realizar actividades políticas y no permitirá, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, aquellas que se refieran al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos»* (ap. 1.º) Restringe su apartado 1 el derecho de afiliación política, no permitiéndosele ni la fundación de un partido, ni su afiliación, ni mera actividad política, como tampoco la divulgación de opciones concretas de partidos políticos. Y como herencia del sistema belga, ya examinado en el apartado dedicado al análisis de la legislación militar en torno al derecho de asociación en el ámbito del Derecho Comparado, va a permitir, sin embargo, las actividades de asesoramiento a los Grupos Parlamentarios en materias técnicas (ap. 2.º: *«Sin perjuicio de este deber, podrá prestar asesoramiento técnico en materias de su especialidad a los diferentes Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales»*). No obstante este legado viene matizado, ya que en el Derecho Belga se permitía la colaboración del militar directamente con partidos políticos como asesor, supuesto este no admitido aún, pero en todo caso sí supone un avance que permitiría un asesoramiento en todas aquellas medidas que los poderes legislativos se plantearan adoptar y que pudieran afectar a la Defensa Nacional.

El ejercicio concreto del derecho de asociación reconocido a los militares viene desarrollado en el art. 9 de la proposición de ley. Se parte del principio de prohibición al militar de asociacionismo político o sindical, en consonancia con lo establecido en el art. 2 previamente examinado (ap. 2.º: *«...no podrá suponer la constitución, pertenencia, participación o promoción de sindicatos ni tampoco de asociaciones que, por su objeto, fines, procedimientos o cualquier circunstancia, impliquen la conculcación del deber de neutralidad política o sindical»*). Si finalmente esta proposición llega a convertirse en L.O. habrá conseguido, en este punto, subsanar la incertidumbre abierta durante casi 25 años por las ROFAS, y constituirá el fundamento formal que era necesario acompañar a las diversas teorías que se han formulado sobre el fundamento material, es decir, sobre la razón sustantiva que va a justificar la restricción del derecho de asociación (ya sea éste la neutralidad política, la disciplina, la jerarquía, la unidad de las FAS ...).

A modo de conclusión debe destacarse que la aprobación de esta proposición de Ley supondría la adecuación a la CE por primera vez desde la aprobación de la misma de las restricciones del derecho fundamental de asociación del militar, otorgándose el adecuado marco formal dentro del cual cualquiera de las razones sustantivas argumentadas por la doctrina desde el siglo XIX para explicar el diferente trato recibido frente al ciuda-

dano de a pie podrían encontrar basamento suficiente para no ser puestas en entredicho. En el debe de la proposición queda, a mi juicio, el excesivo recelo con el que se sigue contemplando al soldado en cuanto a su participación como uniformado, y no en el resto de situaciones de su carrera en que no viste el uniforme, dentro de la vida política del país, aunque no es menos cierto que tal rémora puede ser todavía el lastre que los defensores de la Nación deban arrastrar como consecuencia de la procelosa historia política española a lo largo de las dos últimas centurias.

## 5. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en el presente trabajo cabe realizar diversas reflexiones. La primera debe referirse a papel que debe jugar e un Ordenamiento Jurídico vigente en los inicios del siglo XXI un artículo del talante del art. 181 ROFAS. Este precepto se mantiene actualmente en vigor, pues no ha existido pronunciamiento del TC que lo expulse de nuestro sistema jurídico, a pesar de los evidentes motivos de inconstitucionalidad que presenta. Estos motivos no son solamente formales, es decir, referidos al no respeto que la Ley 85/1978 realiza sobre los mandatos contenidos en los arts. 53 y 81 CE, que exigen la necesidad de Ley Orgánica para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, y que bastarían por si mismos para que el órgano encargado de la interpretación y defensa de nuestra Carta Magna así lo hubiera declarado. Los motivos son también materiales, como señala el profesor González Campos en el voto particular que realiza a la STC 219/2001, de 31 de octubre, quien señala, como ya se ha indicado en el presente trabajo, que no hay justificación material en el texto constitucional para introducir la limitación al derecho de asociación reconocido en el art. 22 CE como fundamental que el art. 181 ROFAS establece, pues la limitación a los militares de tal derecho no es una de las conductas que el propio art. 22 proscribire como inconstitucionales. Yendo más allá, ni siquiera el Código Penal en la relación de conductas tipificadas como delito de asociación ilícita que establece en su art. 515, hace mención alguna a las asociaciones de militares. Y esta falta de justificación material es de tal trascendencia que llevan al Magistrado González Campos a declarar al respecto: «*Lo que evidencia la inconstitucionalidad del precepto sin necesidad de otras consideraciones*». Es decir, que para este Magistrado, aunque se hubiera respetado el cauce procesal constitucionalmente establecido, el precepto contenido en el art. 181 ROFAS seguiría adoleciendo de defectos de cons-

titucionalidad por carecer de fundamento material suficiente. Este planteamiento es, en mi opinión, de una consistencia extraordinaria y plenamente adecuado tanto a la doctrina del TC como al propio texto constitucional, ya que a diferencia de la manifestación asociativa sindical, sobre la que el art. 28.1 establece la posibilidad de que la Ley limite el derecho de sindicación de los miembros de las FAS, o del derecho de petición, que la propia Constitución en su art. 29.2 restringe en su forma colectiva a los militares, nada establece el art. 22 CE sobre la imposibilidad de que un militar ejerza cualquier otro tipo de actividad asociativa (incluida por supuesto la política), que la sindical que viene expresamente contemplada por el mencionado art. 28.

El segundo de los aspectos a debatir jurídicamente, que hace referencia a la consagración de la disciplina como fundamento material que validaría la proscripción que realiza el art. 181 de la capacidad asociativa política de los militares, viene ya predeterminado por el anterior planteamiento en un sentido negativo. Pero, desde mi modesto punto de vista, reivindicar la disciplina como límite al ejercicio por un grupo de ciudadanos españoles que ostentan la cualidad de militares es desproporcionado y desajustado. Desproporcionado porque supone un intento de «matar moscas a cañonazos»; desajustado porque no se ve la relación entre una cualidad que hace referencia al estricto cumplimiento por un profesional de obligaciones y órdenes derivadas de su concreto oficio o profesión, y el ejercicio, como ciudadano que también es, de un derecho fundamental que la Norma Fundamental le reconoce y que hace referencia al concreto ámbito de sus creencias, de la libertad ideológica que también se le reconoce sin más límite que el respeto a las ideologías del resto de ciudadanos en el art. 16 CE. La disciplina no se ve afectada por la afiliación de un militar a un partido político. Puede verse afectada por la defensa de ideas políticas dentro de las diferentes unidades, ideas que puedan ir en contra de órdenes o de instrucciones concretas, o incluso contra la propia jerarquía militar, base fundamental del funcionamiento de todos los ejércitos del orbe. Pero este pernicioso proselitismo puede ser ejecutado indistintamente por cualquier militar, esté o no afiliado a una organización política. Y para reprimir este tipo de conductas se dispone de medios mucho más adecuados dentro de la propia normativa militar (de aquí el calificativo de «desproporcionado»), bien dentro de la aplicación del régimen disciplinario, o si la conducta reviste una especial gravedad del ordenamiento jurídico-penal militar.

Lo que en este trabajo se propone no es el paso de un sistema extraordinariamente restrictivo, como es el español en la actualidad, a un régimen

de absoluta libertad de manifestación política del militar. Desde un punto de vista militar, el proselitismo en unidades, bases, acuartelamientos, o vistiendo el uniforme es pernicioso, pues socava no solamente la disciplina, sino, lo que es más importante, la imagen de neutralidad que necesariamente han de emanar unas FAS en un Estado democrático. Lo que se propone es el reconocimiento de un derecho fundamental, el de afiliación política, a un ciudadano que hasta ahora lo tiene limitado por cauces no constitucionales, y sin un fundamento material suficiente, porque el que el militar ejerza, una vez despojado de su uniforme, su libertad ideológica y asociativa para dar satisfacción a sus inquietudes, sin hacer significación alguna de su condición ni empañar el correcto funcionamiento de las unidades en que desempeña sus cometidos, no ataca ni a la disciplina ni a la neutralidad política.

A este razonamiento previo se une la experiencia del Derecho Comparado, que demuestra que el reconocimiento de derechos de tipo político no mina ni la eficacia ni la lealtad de las Fuerzas Armadas. Es significativo, en este sentido, el ejemplo alemán, que después de una experiencia tan traumática como la completa destrucción de Alemania en la 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, motivada fundamentalmente por la politización que tanto la propia sociedad alemana como sus ejércitos sufrieron en los años previos al desencadenamiento del conflicto, reacciona en 1956, cuando Alemania Federal recupera su capacidad militar, no limitando o anulando la capacidad sindical y política de sus militares, sino en un sentido totalmente opuesto, permitiendo la incardinación de las ideas imperantes en la sociedad dentro de los integrantes de sus ejércitos, que así se imbrican dentro del propio tejido social y reafirman su voluntad de servicio a la Patria. Y además esto consigue un efecto integrador entre las FAS y la sociedad nacional, que hace que éstas no vean a aquéllas como algo ajeno a las mismas, lo cual permite, a mi juicio, una elevación de la propia consideración que los ciudadanos tengan de los encargados de garantizar la seguridad de la comunidad nacional.. Eso sin considerar la mejora del propio concepto que el militar tiene de sí, ya que evita que tenga la sensación de ser un ciudadano capitisdisminuido, un «ciudadano de segunda», al poder conservar la mayoría de los derechos que como ciudadano que es tiene reconocidos.

A esto se unen otras ventajas añadidas. Una, muy importante, la posibilidad que otorga el reconocimiento del derecho de afiliación al militar de mejorar, con su participación dentro de la política interna del partido, los puntos de vista de la formación sobre los proyectos y proposiciones que vayan a regular, ya sea el mismo Estatuto Jurídico de los militares, ya las decisiones más trascendentes que hagan referencia a la Defensa Nacional,

ya sea el presupuesto destinado a la misma o las compras de material. Esta experiencia no es novedosa, sino que se ha ensayado con éxito en Bélgica.

Pero la más importante consecuencia del reconocimiento del derecho de afiliación política a los militares es que supone un avance significativo en la resolución del problema fundamental que atraviesan en la actualidad todos los ejércitos del mundo occidental, y que fue descrito y planteado de manera magistral dentro de la doctrina francesa, partiendo de planteamientos sociológicos, por Chantebout (20): la disfunción que plantea el integrar una estructura necesariamente jerarquizada y autoritaria, como no puede ser de otra manera un ejército, dentro de un régimen político democrático que establece como principio fundamental de su existencia el reconocimiento a sus ciudadanos, a todos sin excepción, de un conjunto de derechos, de un espacio de libertad en el que puedan desarrollarse como personas. La limitación gratuita o injustificada de cualquier derecho fundamental contribuye, desde mi punto de vista, a agravar dicho problema. Porque Ejército y Sociedad no son entes separados, sino vinculados por una situación de dependencia funcional del primero respecto de la segunda, en la medida que la razón de ser de aquél es la defensa de ésta. Pero la unión entre ambos se refuerza por un hecho de especial relevancia en la actualidad, y que inauguró el ejército francés en la batalla de Valmy: que la defensa de la ciudadanía se encomienda a los propios ciudadanos, dejando atrás la etapa en que se recurría a mercenarios para el cumplimiento de dicha función. Y esto motiva que el militar jamás pierda la característica fundamental que le permite asumir con orgullo la defensa de su Patria: ser un ciudadano más, vestido de uniforme.

---

(20) Chantebout: «L'organisation générale de la Défense Nationale en France depuis la Seconde Guerre Mondiale», Paris, LGDJ, 1967. Citado por Fernando López Ramón en *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, página 225. Marcial Pons Editores, Madrid, 1997.

## EL MANTENIMIENTO REGIONAL DE LA PAZ EN EXTREMO ORIENTE

Miguel Alía Plana  
*Capitán Auditor*

### *SUMARIO*

1. La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (Association of South East Asian Nations, ASEAN). 2. La misión de paz de Bougainville. El Grupo Neutral de Control de Paz para Bougainville (Neutral Peace Monitoring Group for Bougainville-Peace Monitoring Group). Operaciones Bel Isi I y II.

#### 1. LA ASOCIACIÓN DE NACIONES DEL SUDESTE ASIÁTICO (ASSOCIATION OF SOUTH EAST ASIAN NATIONS, ASEAN)

Los países de Extremo Oriente han sufrido en los últimos años cambios políticos y económicos de enorme trascendencia. La Guerra Fría se dejó sentir en Asia muy duramente, al convertirse en una zona de fricción entre los bloques (guerras de Corea, Vietnam, Camboya, etc.). Las aproximaciones a la región que realizaron Estados Unidos y la Unión Soviética y sus relaciones con China hicieron del continente un foco continuo de conflictos, al tiempo que su enorme dinamismo económico abría unas diferencias entre sus Estados todavía no salvadas ni corregidas. En este contexto, los países de la región han iniciado un proceso de definición de un sistema de seguridad que todavía no se ha desarrollado en profundidad: como en tantas otras ocasiones, el final de la Guerra Fría ha requerido el planteamiento de una nueva estructura política. Todo parece indicar que el papel rector de un posi-

ble sistema de seguridad regional será ejercido por Estados Unidos, pero el ambiente político de la Postguerra Fría también sugiere que la relación triangular Estados Unidos-China-Japón (y ocasionalmente Rusia) y sus papeles en la región pueden evolucionar y provocar el nacimiento de un subsistema regional por ahora desconocido y, en cualquier caso, autónomo.

El actor internacional que ha movilizadado el debate sobre cuestiones de seguridad en la región ha sido la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (*Association of South East Asian Nations*, ASEAN). Esta organización se estableció el 8 de Agosto de 1967 en Tailandia, mediante la firma de la *Declaración de Bangkok* por parte de los cinco miembros fundadores: Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia. Brunei Darussalam se incorporó el 8 de enero de 1984; Vietnam se convirtió en el séptimo miembro el 28 de julio de 1995. Actualmente está formada por Brunei Darussalam, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam (1).

La *Declaración de Bangkok* sintetiza el compromiso conjunto de los países miembros para promover la cooperación económica y el bienestar de los pueblos de la región. Este documento fundacional establece las líneas estratégicas de ASEAN y define los tres objetivos fundamentales de la organización:

1. Promover el desarrollo económico, social y cultural mediante programas de cooperación.
2. Resguardar la estabilidad política y económica de la región contra la rivalidad de las grandes potencias.
3. Constituir un foro para la resolución de las diferencias intrarregionales.

Durante casi treinta años de existencia y tras un largo período, correspondiente a la etapa de la Guerra Fría, la ASEAN fue desarrollando en forma más armónica sus diversos ámbitos de acción, constituyéndose en la principal instancia integradora del Sudeste de Asia, con la incorporación de Vietnam, Laos y Camboya en 1997, y el otorgamiento del status de Observador a Myanmar (Birmania) (2). La organización avanza rápidamente

---

(1) Cf. la página web oficial de la ASEAN, en <http://www.asean.or.id>.; «ASEAN-Region», US-ASEAN Business Council, Inc, en <http://www.us-asean.org/asean.htm>; «Inside ASEAN: Military, Contemporary Conflicts & Diplomatic Rows», en <http://www.geocities.com/Tokyo/1829/hlasean.html>; APCEL, «ASEAN-10», en <http://sunsite.nus.edu.sg/apcel/links/asean.html#asean>; CLARK, Cal, «Growing Pains: ASEAN's Economic and Political Challenges», *Asia Society: 2000*, en [http://www.asiasociety.org/publications/update\\_asean.html](http://www.asiasociety.org/publications/update_asean.html).

(2) Esas dos últimas decisiones fueron adoptadas en la 29a Reunión Ministerial de la ASEAN, celebrada en Jakarta, Indonesia, los días 20 y 21 de julio de 1996. Cf. <http://www.asean.or.id>.

hacia la integración del total de los países de la península de Indochina, vinculándolos, además, con Filipinas e Indonesia. Este último país, junto con Tailandia, India y China Popular, es probable que forme parte del grupo de potencias económicamente más importantes del planeta en las primeras décadas del siglo XXI. En efecto, los países de la ASEAN crecieron con gran rapidez durante los años ochenta del siglo pasado, duplicando su riqueza en una década. Pasaron de 177.000 millones de dólares de PIB en 1980 a 320.000 millones de dólares en 1990, mientras el PIB medio *per capita* también se duplicó durante ese período. En los dos últimos años han sostenido una tasa promedio de crecimiento del 7,5%, con lo que el Sudeste Asiático se ha convertido en una de las regiones de mayor incremento económico, aunque esta riqueza no haya repercutido como sería deseable en la población de la región. El Banco Mundial prevé que para el año 2020 la ASEAN será uno de los cinco mayores centros económicos, después de la Unión Europea, China y Japón (3).

La estructura institucional de la ASEAN fue desarrollada en forma paulatina (4). La máxima instancia de decisión le corresponde a la *Reunión de Jefes de Gobierno*. La primera se celebró en Bali, Indonesia, en febrero de 1976. A esa instancia máxima se suma una compleja estructura de reuniones de representantes gubernamentales de alto nivel. La *Declaración de la ASEAN de 1967* ya exhortaba a los Estados fundadores a que alcanzaran una asociación efectiva para lograr sus objetivos económicos, sociales y culturales mediante un esfuerzo común, una colaboración activa y una ayuda mutua. Este documento, sin embargo, no contenía mención alguna a la forma concreta en que se debía lograr ese esfuerzo común en materia de seguridad y defensa, es más, solo mencionaba como posibles

---

(3) Si bien no constituye el propósito de este trabajo, cabe destacar la importancia central que han adquirido, para otorgar viabilidad a este desarrollo, las políticas económicas elegidas y puestas en práctica por los países de la ASEAN. El modelo económico que progresivamente va adoptando se basa en la promoción de las exportaciones a partir de un proceso de industrialización fundado en el mantenimiento de las ventajas comparativas naturales, en un marco de apertura a la economía mundial. Las exportaciones e importaciones de la ASEAN obtenidas por ese modelo se encuentran entre las de más alto incremento mundial. De acuerdo a datos de la Organización Mundial de Comercio, en 1994 la región exportó 247.700 millones de dólares, mientras que importó un monto de 258.400 millones. Consecuentemente, el Sudeste Asiático ya se ha convertido en el cuarto bloque del mundo en el ámbito del comercio internacional, después de Estados Unidos, la Unión Europea y Japón. Cf. «Comunicado de Prensa del Secretario General de ASEAN, H.E. Dato Ajit Singh en ocasión de la 29a Reunión Ministerial de ASEAN», 3ra Reunión del Foro Regional de ASEAN/Conferencias post-Ministeriales, Jakarta, 15 Julio 1996, en <http://www.asean.or.id>.

(4) Cf. ASEAN, en <http://lanic.utexas.edu/~sela/docs/dsd110.htm>.

instrumentos el respeto a la justicia y la ley y la adhesión a los principios de la Carta de Naciones Unidas. Probablemente ello se debía a que sus fundadores pretendía crear más un marco de cooperación económica, social y cultural que militar o policial.

Una cosa quedó clara en ya durante la época fundacional de la organización: sus miembros no lograrían su estabilidad y desarrollo socio-económico en el Sudeste Asiático, si la región no alcanzaba un período de paz duradero. Ya en la *Primera Reunión* (Bali, febrero de 1976) los fundadores firmaron el *Tratado de Amistad y Cooperación en el Sudeste de Asia*, en el que se fijaron los principios básicos para sus relaciones, así como un programa de asociación para la cooperación:

1. El respeto mutuo para la independencia, soberanía, igualdad, integridad territorial e identidad de todas las naciones;
2. El derecho de cada Estado a no sufrir injerencia externa, subversión o coerción;
3. La no injerencia en los asuntos interiores de cada uno;
4. La solución de diferencias o disputas por los medios pacíficos;
5. La renuncia de la amenaza o uso de fuerza; y
6. La cooperación eficaz entre ellos.

De acuerdo con estos principios, la ASEAN declaró abierto un diálogo de seguridad y cooperación política con un objetivo: promover la paz y la estabilidad regional mediante una cooperación lo más amplia posible. Para ello se establecieron tres acciones concretas:

- *Achievements in Political Collaboration.*
- *The Dialogue System.*
- *ASEAN Regional Forum.*

El *ASEAN Regional Forum (Foro Regional de la ASEAN, ARF)*, data de 1994. Aunque, de acuerdo con lo visto, en su origen las preocupaciones de la organización se centraron en aspectos económicos y sociales, era una cuestión de tiempo que se incluyeran en su agenda temas de seguridad regional. En la *Cumbre de Singapur* (1992), la ASEAN declaró que la organización establecería un *sistema de cooperación política y económica para afianzar la paz y prosperidad regional*. En ese momento, la Postguerra Fría había alterado la configuración de las relaciones internacionales en Extremo Oriente: el nuevo ambiente político presentaba oportunidades históricas para la relajación de las tensiones en la región, a través de consultas multilaterales, medidas de fomento de la confianza y de prevención de conflictos. Por ello, en 1994, la ASEAN decidió crear un *Foro Regional* para este propósito. Inicialmente, sus participantes incluyeron a los socios de la ASEAN y a Estados Sudeste

Asiático que no eran todavía los miembros de la organización: Papua-Nueva Guinea, China, Rusia, India, Mongolia y la República Popular de Corea. Se constituyó como un proceso consultivo mediante el que se esperaba iniciar un diálogo sobre seguridad regional. Aunque formalmente se definió como un foro consultivo y no como una organización operacional, el ARF ha realizado varias propuestas, limitadas y modestas, de cooperación multilateral y ha incluido en su programa varias cuestiones de mantenimiento de la paz.

El ARF adoptó dos objetivos principales: crear un diálogo constructivo, a través de una serie de consultas políticas y de seguridad, y, contribuir a los esfuerzos de fomento de la confianza y diplomacia preventiva en la región Asia-Pacífico. En julio 1996, el ARF adoptó los criterios políticos con los que alcanzar los puntos anteriores:

1. Compromiso: los participantes deben suscribir coordinadamente las metas del ARF y trabajar para su consecución. Antes de su admisión, los nuevos participantes deben estar de acuerdo con la política general del ARF. En el momento en que se ingrese en la ASEAN, se hace también, de forma automática, en el ARF.

2. Relevancia geográfica: solo se admiten Estados del área geográfica del ASEAN, para impedir injerencias, es decir, nordeste y sudeste de Asia y Oceanía.

3. Expansión gradual. Para asegurar la efectividad de ARF, se hacen los esfuerzos controlar el número de participantes a un nivel de gestión manejable.

4. Consultas: las posibles ampliaciones deben ser consultadas a todos sus miembros y las decisiones sobre ampliación deben ser aprobadas por los ministros de ASEAN.

Los principales instrumentos jurídicos que posee el ARF son dos: el *Tratado de Amistad y Cooperación del Sudeste de Asia* y el *Tratado del Sudeste de Asia como Zona Libre de Armas Nucleares*, firmados en la V Cumbre de ASEAN (Bangkok, Tailandia, 14-15 de diciembre de 1995).

Aunque el ARF es relativamente nuevo, se ha convertido en un agente muy relevante para el mantenimiento de la estabilidad en la región de Asia-Pacífico. Después de su reunión inaugural en Bangkok (julio de 1994) ha evolucionado en tres aspectos: la promoción de confianza entre los participantes; el desarrollo de medidas de diplomacia preventiva; y la elaboración de sistemas de solución de conflictos, mediante el acercamiento de las partes, que permite a sus miembros unas relaciones pacíficas. Su principal acción internacional en este campo ha sido la coordina-

ción de la ayuda humanitaria prestada a la población de Timor Oriental y el apoyo a los acuerdos suscritos entre Portugal e Indonesia el 5 de mayo de 1999, para la pacificación del conflicto. Algunos de sus miembros, a través de la ASEAN, colaboraron con diversos contingentes a la formación de la *International Force for East Timor* (INTERFET) y de la *UN Transitional Administration in East Timor* (UNTAET). Desde el 28 de febrero de 2000, la UNTAET está formada, principalmente, por fuerzas filipinas (5).

El ARF ha evitado toda consideración sobre la autorización y despliegue operaciones de paz. No obstante, gracias a un seminario en el que reunió a especialistas sobre la materia (*Peacekeeping: Challenges and Opportunities for the ARF*, Brunei, 7-9 de marzo de 1995) hizo una primera aproximación al problema del posible despliegue de operaciones propias. Los participantes sostuvieron, como tesis oficial, la necesidad de subordinarse al sistema de Naciones Unidas y que, salvo decisiones futuras, la implicación unilateral de la organización en operaciones propias no era deseable por el momento: el ARF era un foro demasiado nuevo y sin experiencia como para esperar grandes decisiones de él.

La primera reunión celebrada sobre estos asuntos (*First Inter-Sessional Meeting*, ISM, Kuala Lumpur, 1-3 de abril de 1996) terminó con una declaración que asociaba la existencia del ARF con una voluntad de pacificación de la región, lo cual no aportaba gran cosa al debate. La reunión fue organizada alrededor de tres temas:

- *Current Status on United Nations Peacekeeping Operations.*
- *Training for Peace Support Operations.*
- *Stand-by Arrangements.*

Hubo un gran grupo de participantes que no quiso discutir los puntos reseñados, ya que estimaron, de acuerdo con una postura ya apuntada, que el ARF debía ser un foro de cooperación que no abordara *motu proprio* el diseño y despliegue de operaciones de paz, sino que debía actuar siempre como un colaborador *de segunda fila* respecto a Naciones Unidas. Por ello se discutieron propuestas abstractas, como la importancia de la formación de los *peacekeepers* de acuerdo con el estándar de Naciones Unidas y la posibilidad de vincular el ARF a sus *Stand by Forces* (6).

---

(5) Cf. <http://www.asean.or.id>.

(6) LEWIS, William H., y MARKS, Edward, «Searching for partners: regional organizations and peace operations», en «Peacekeeping in Asia», Institute for National Strategic Studies, National Defense University, <http://www.ndu.edu/inss/macnair/mcnair58/sproch6.html>.

## 2. LA MISIÓN DE PAZ DE BOUGAINVILLE. EL GRUPO NEUTRAL DE CONTROL DE PAZ PARA BOUGAINVILLE (NEUTRAL PEACE MONITORING GROUP FOR BOUGAINVILLE-PEACE MONITORING GROUP). OPERACIONES BEL ISI I Y II

Antes de pasar al estudio de esta misión de observación en Melanesia, es preciso situar geográficamente al lector. La Isla de Bougainville (7) debe su nombre al marino francés Louis Antoine de Bougainville, que la descubrió y exploró en 1768, en el marco de las exploraciones realizadas en el pacífico por las Armadas española y francesa del siglo XVIII. Permaneció al margen de la historia mundial hasta que a finales del siglo XIX fue ocupada por colonos alemanes y por factorías e ingenios de la *Compañía Alemana de Nueva Guinea*, un *holding* colonialista cuyo objetivo era la explotación de los recursos naturales de Papua Nueva Guinea, Nueva Bretaña, Nueva Irlanda y las Islas Salomón. Estos territorios fueron ocupados por fuerzas australianas en 1914, hasta que en 1920, y bajo el nombre genérico de Nueva Guinea, pasaron a ser controlados directamente por la Sociedad de Naciones. En 1942 fueron invadidas por el ejército japonés, hasta que fue desalojado por el norteamericano en 1944, tras combates durísimos. Una vez fundada la ONU, se pusieron bajo administración australiana y control de Naciones Unidas, con la denominación de *trust territory*. El interés que en su día justificó la ocupación alemana resurgió cuando en 1960 se encontró cobre en la comarca de Naisioi (Isla Bougainville), cuyos yacimientos se concedieron a la *joint venture* transnacional *Bougainville Copper Limited* (BCL) (8), que empezó a funcionar en 1963.

La riqueza minera de Bougainville fue la causa para que apareciera un movimiento independentista local que pretendía la separación de Australia y de Nueva Guinea, a principios de los sesenta del siglo XX. En 1973 se concedió el gobierno autónomo a Nueva Guinea, y en septiembre de 1975 la plena independencia, con lo cual Bougainville se integraba en el nuevo Estado melanesio. Apenas dos semanas después de la autodeterminación,

---

(7) Se encuentra a 4300 km Nor-Noroeste de Nueva Zelanda, al Este de Nueva Guinea y al Sur-Este de las Islas Salomón, en la Melanesia. Administrativamente es una provincia de Papua Nueva Guinea, y se divide en dos islas principales, Buka y Bougainville, con capital en Arawa. Bougainville es una isla volcánica, con una longitud de 236 km y una anchura media de 80 km. Sus cotas más altas se encuentran en las cadenas del Emperador y de la Corona (volcanes Balbi y Bagana, de 2700 y 1900 metros, respectivamente). Su población es de aproximadamente 160.000 habitantes, que hablan el inglés y el pidgin.

(8) Formada por las empresas *Conzinc*, *Río Tinto* y *Broken Hill Corporation*.

la Isla reclamó su propia independencia, incluso ante Naciones Unidas, sin ningún éxito. Tras un año de negociaciones, el gobierno de Nueva Guinea y los representantes de Bougainville acordaron el reconocimiento de una autonomía limitada.

Las explotaciones mineras fueron produciendo a lo largo de los siguientes años gran malestar en la opinión pública local, ya que, por un lado los enormes beneficios producidos no repercutían en la economía de la Isla; y por otro dañaban seriamente un medio ambiente que, de haberse conservado, hubiera sido una reserva ecológica mundial de primera magnitud. En 1988 se produjeron las primeras manifestaciones violentas, organizadas por agricultores indígenas, que no tardarían en constituirse en grupo terrorista insurgente, el *Bougainville Revolutionary Army* (BRA), cuyas primeras acciones se dirigieron contra las explotaciones mineras, que llegarían a cerrar, al tiempo que exigían la renegociación de las concesiones con la multinacional *Bougainville Copper Limited*. El gobierno de Nueva Guinea, consciente de la importancia de las minas, envió ese año contingentes policiales y más tarde militares, con el fin de asegurar su funcionamiento. Una de las primeras actuaciones que emprendió esta fuerza de ocupación fue el traslado forzado de 24.000 indígenas; apenas se hubo completado, estalló la revuelta armada generalizada, mediante la que el BRA planteaba sus pretensiones independentistas e indigenistas. En 1990, el ejército novoguineano fue expulsado de la Isla, al tiempo que el BRA proclamaba la independencia y establecía el Gobierno Interino de Bougainville (*Bougainville Interim Government, BIG*).

En abril de 1991, las fuerzas de Nueva Guinea invadieron la Isla y emprendieron una dura represión. La lucha continuó hasta que en 1994 se alcanzó un acuerdo de paz, conocido como la *Margini Charter*, cuyo compromiso fundamental era la constitución de un Gobierno Transitorio para la Isla (*Bougainville Transitional Government, BTG*) nombrado unilateralmente por las autoridades novoguineanas, lo cual no fue aceptado por el BRA. En 1996, el presidente del BTG fue asesinado y se recrudecieron las hostilidades. Ante la inoperancia de sus fuerzas armadas, el gobierno de Nueva Guinea, presionado por el holding minero, contrató los servicios de la *Sandline Company* (9), empresa de mercenarios con sede en Sudáfrica, que actuó en una violación flagrante y continua de los derechos humanos y del Derecho de los Conflictos Armados. Esta situación fue la detonante de la intervención internacional por parte de Nueva Zelanda, Australia, Fiji y Vanuatu,

---

(9) MILTON, Thomas J. (Mayor del Ejército de los EE.UU.), «Los nuevos mercenarios: ejércitos para alquilar», *Military Review*, en <http://www-cgsc.army.mil/milrev/Spnish/MarApr98/milt.html>.

que obligaron a las partes a reunirse en Burnham (Nueva Zelanda) e iniciar un proceso de paz que ha dado resultados positivos, mediante un acuerdo titulado *Burnham Declaration, Bougainville leaders on the re-establishment of a process for lasting peace and justice on Bougainville*, (5 a 18 de julio de 1997) (10). Este acuerdo ha abierto un proceso de paz articulado en torno a dos ejes: la intervención internacional, mediante una misión de paz, y la realización de un referéndum de independencia de la Isla.

---

(10) Cf. NATIONAL INTEREST ANALYSIS, *Agreement between Australia, Papua New Guinea, Fiji, New Zealand and Vanuatu concerning the Neutral Truce Monitoring Group for Bougainville, done at Port Moresby on 5 December 1997*, en <http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/nia/1998/1998006n.html>. Sobre el proceso de paz, cf. *Burnham Declaration, Bougainville leaders on the re-establishment of a process for lasting peace and justice on Bougainville*, (5 a 18 de julio de 1997) y *The Bougainville Leaders Meeting, Burnham, Christchurch, New Zealand (Friday 18 July 1997)*, en *Australian National University, State, Society and Governance in Melanesia*, <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/burnhamdeclaration.pdf>; *The Bougainville Leaders Meeting Burnham, Christchurch, New Zealand. Joint Communiqué* (de 18 de julio de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/joint-communication.pdf>; *Closing Statement by Mr Joseph Kabui, Leader of the Bougainville Interim Government Delegation to the Bougainville Leaders Meeting, Burnham, New Zealand* (18 de julio de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/closing-statement-kabui.pdf>; *Burnham II. Preparatory Talks Burnham Military Camp Burnham, New Zealand* (1 al 10 de octubre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/burnhamtalks.pdf>; *Bel Isi Noken Pait Burnham II, New Zealand, The Burnham Truce* (de 10 de octubre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/burnhamtruce.pdf>; *Second Officials Preparatory Talks on Bougainville. Held in Cairns, Australia* (del 18 al 23 de noviembre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/second-officials-preparatory-talks.pdf>; *Claims Commitment on Implementation of the Agreement Concerning the Neutral Regional Truce Monitoring Group (TMG) for Bougainville, Cairns, Australia*, (24 de noviembre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/cairns-commitment.pdf>; *Agreement Between New Zealand, Papua New Guinea, Australia, Fiji and Vanuatu Concerning the Neutral Monitoring Group for Bougainville, Port Moresby* (5 de diciembre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/truce-monitoring-agreement.pdf>; *Protocol Concerning the Peace Monitoring Group made pursuant to the Agreement Between Papua New Guinea, Australia, Fiji, New Zealand and Vanuatu Concerning the Neutral Truce Monitoring Group for Bougainville. Port Moresby*, (5 de diciembre de 1997), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/protocol-peace-monitoring-group.pdf>; *Lincoln Agreement on Peace, Security and Development on Bougainville. Christchurch, New Zealand* (23 de enero de 1998), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/lincoln-agreement.pdf>; *Annex 1 to the Lincoln Agreement. Agreement Covering Implementation of the Ceasefire. Arawa* (30 de abril de 1998), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/annex-lincoln-agreement.pdf>; *Basic Draft Agreement Concerning the Bougainville Reconciliation Government (BRG). Annex 2 to the Lincoln Agreement* (diciembre de 1998), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/Basic-Agreement-Draft.pdf>; *Loloata Understanding. Port Moresby* (23 de marzo de 2000), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/loloataunderstanding.pdf>; *Agreed Principles on Referendum, Kokopo* (26 de enero de 2001), también conocido como *Kokopo Agreement on referendum*, en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/loloataunderstanding.pdf>; *Bougainville Peace Agreement, Arawa* (30 de agosto de 2001), en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/BougainvillePeaceAgreement29Aug01.pdf>.

Respecto a la misión de paz, quedaba prevista en el artículo 5 del *Agreement concerning the neutral truce monitoring group for Bougainville* (1997), por el que se acordaba el despliegue del *Grupo Neutral de Control de Paz para Bougainville (Neutral Peace Monitoring Group for Bougainville, NPMGB)*, para intervenir el proceso de paz. Esta misión estaría formada por elementos civiles y militares procedentes, de Australia, Fiji, Nueva Zelanda y Vanuatu. El mandato de la misión, todavía abierta, consiste en realizar las siguientes tareas (11):

1. Controlar e informar sobre el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre las partes y especialmente, en lo relativo al del cese de fuego.
2. Promover la confianza y los buenos oficios en el proceso de paz mediante su presencia en zona de operaciones.
3. Proporcionar información del proceso de paz a la población de Bougainville.
4. Velar por la ejecución de los acuerdos de paz, a través del control de las instituciones políticas de la Isla
5. Cooperar con los observadores de Naciones Unidas que se desplacen a zona de operaciones, en el seno de actividades y/o misiones ONU.

El original *Neutral Peace Monitoring Group for Bougainville* (también conocido como *Truce Monitoring Group*), que articuló la operación *Bel Isi I*, se transformaría en el *Peace Monitoring Group* en 1998, tras los Acuerdos de Lincoln y su redespiegue el 1 de mayo de 1998 (operación *Bel Isi II*). Contaba, inicialmente, con una dotación de unas trescientas personas desarmadas, de las cuales aproximadamente noventa eran observadores y doscientas, personal de apoyo. Doscientos cincuenta fueron aportados por Australia, treinta por Nueva Zelanda, y quince, por Fiji y Vanuatu, respectivamente (12). En la actualidad, está formada por setenta militares australianos, quince neozelandeses, cinco fijianos y seis vanuatuanos (13). Quince civiles australianos completan el equipo.

---

(11) Article 4, *MANDATE OF THE PEACE MONITORING GROUP*, en <http://rspas.anu.edu.au/melanesia/PDF/truce-monitoring-agreement.pdf>.

(12) Cf. DOWNER, Alexander, (minister for Foreign Affairs), y McLACHLAN, Ian (minister for Defence), «JOINT MEDIA RELEASE, FA53, Australia to Command Peace Monitoring Group on Bougainville, 30 April 1998», en [http://www.dfat.gov.au/media/releases/foreign/1998/fa053\\_98.html](http://www.dfat.gov.au/media/releases/foreign/1998/fa053_98.html); BOUGAINVILLE INTERIM GOVERNMENT/BRA, «Bougainville-Media Conference & Media Statement (Wednesday, 13 May, 1998)», en <http://www.hartford-hwp.com/archives/24/160.html>; *The Sidney Morning Herald*, «Solomons renewal (Wednesday, November 8, 2000)», en <http://www.smh.com.au/news/0011/08/html/editorial.html>; «Defense (to defend Australia and its national interests), Defense: Peace Monitoring Group Bougainville», en <http://www.defence.gov.au/bougainville/>.

(13) Cf. «Defense (to defend Australia and its national interests)...», op. cit.

La mayoría australiana asegura que la misión se atenga en la actualidad, e incluso en el futuro, a los parámetros mínimos de rigor profesional exigidos por Naciones Unidas y reclamados por la lógica de las misiones de observación militar. Carecemos de datos sobre su estructura y funcionamiento, pero el proceso es, en la actualidad, un éxito, la paz es una realidad y prácticamente está asegurada la independencia pacífica de la Isla, mediante un referéndum tutelado por las potencias de la zona (Australia y Nueva Zelanda). La presencia de militares y civiles de las Islas vecinas es más testimonial que real, más moral que operativa, una implicación en la región para conseguir, mediante esa colaboración, una generalización de la responsabilidad en la gestión de su seguridad.

Si atendemos al personal que la forma, no se puede considerar una misión militar pura, ya que junto a distintos oficiales, entre sus cuadros se cuentan también policías y funcionarios civiles. Ello quizás nos permitiría plantear unas líneas de investigación y ciertas hipótesis: es probable que las misiones de observación, clásicamente confiadas a militares profesionales, estén en un proceso de transformación estructural que las aproxime a las misiones multifuncionales, en lo relativo a los objetivos y medios empleados. Recordemos que las misiones clásicas de observación están formadas por militares desarmados, desplegados sobre el terreno para controlar el cumplimiento de los acuerdos (14). Pero en la articulación recibida en esta misión, el grupo de observadores no controla solamente los aspectos militares de un acuerdo de paz, sino que el espectro de tareas se amplía en lo relativo al control de ciertas instituciones públicas civiles, como por ejemplo, órganos de gobierno, poder judicial, Estado de Derecho, respeto a los derechos humanos, etc. En su origen, las misiones de observaciones tenían como tareas asignadas la supervisión del cese del fuego, treguas o armisticios, que eran tradicionales en los conflictos interestatales, pero en la actualidad *ya casi no hay guerras entre Estados*, el 82% de las operaciones de paz desplegadas por Naciones Unidas desde 1992 se refieren a guerras civiles, en las que la Organización y los actores regionales negocian con todas las

---

(14) HIGGINS, R., *United Nations Peacekeeping*, vol. IV, New York: Oxford University Press, 1981, p.5. Encontramos sus precedentes en la revolución comunista que sufrió Grecia, una vez terminada la Segunda Guerra Mundial. El 19 de diciembre de 1946, el Consejo de Seguridad decidió unánimemente establecer una *Comisión de Investigación* para estudiar las violaciones fronterizas que alegaba Grecia respecto Yugoslavia. Esto supuso *la primera tentativa de las Naciones Unidas hacia el mantenimiento de la paz a través de órganos subsidiarios*. Aunque este tipo de acciones ya se contemplaba en la Carta, concretamente en su art. 34, por lo que en sí mismo no constituye un modelo de grupos de observadores militares desarmados, puede considerarse su origen.

facciones o grupos insurgentes que participan en un conflicto interno. La realización de las tareas asignadas hace que esta misión sea un modelo mixto, más amplio que la observación clásica. La supervisión del referéndum de independencia es un claro ejemplo de lo dicho. La práctica de Naciones Unidas ofrece ejemplos de actuaciones parecidas, como la independencia de Indonesia o la integración de Nueva Guinea Occidental en Indonesia (ambos territorios bajo administración colonial holandesa) (15). Actualmente, se ha ampliado esta función a la fiscalización de procesos electorales en Estados soberanos. El origen de esta modalidad surge en marzo de 1989 cuando Nicaragua solicitó la vigilancia de su proceso electoral en febrero de 1990 por parte de Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad aceptó enviar una Misión de Observadores encargada de vigilar el proceso electoral (conocida como ONUVEN), lo que significaba que, por primera vez, la ONU fiscalizaban un proceso electoral en un Estado soberano (16). Este proceso se repetiría luego en Haití (17), Camboya (18), Angola (19), El Salvador (20), Liberia (21), Sudáfrica (22) y Mozambique (23).

A su vez, el control del comportamiento de las fuerzas de orden público supone una novedad. El modelo original previsto por Naciones Unidas se fundaba en constituir una misión de paz que asumía las competencias policiales que tenía una administración colonial en un territorio sujeto a dominio y que reclamaba su independencia, como medio para contribuir a la transición. El primer caso de esta modalidad la encontramos en Nueva Guinea Occidental en la que se estableció en 1963 una misión denominada *Autoridad Ejecutiva de las Naciones Unidas de Nueva Guinea Occidental* (UNTEA) que ejercería funciones propias de una autoridad administrativa hasta que se transfirieran los poderes en un proceso de autodeterminación. En el caso de UNEF I en Egipto, se volverían a asumir competencias policiales propias de una autoridad de orden interno dado que *tuvo que colaborar con las autoridades locales en el mantenimiento del orden y la calma*

---

(15) Misiones UNSF (Fuerza de Seguridad de Naciones Unidas) y UNTEA (Autoridad Ejecutiva Temporal de Naciones Unidas) respectivamente.

(16) ONUSAL, Hoja Informativa num.2, *El papel de las Naciones Unidas en el proceso de paz de Centroamérica*, El Salvador, 1991, p.3.

(17) Resolución de la Asamblea General 45/2 de 1990.

(18) Resolución del Consejo de Seguridad 745 (1992) de 28 de febrero.

(19) Resolución del Consejo de Seguridad 747 (1991) de 24 de marzo.

(20) Resolución del Consejo de Seguridad 832 (1993) de 27 de mayo.

(21) Resolución del Consejo de Seguridad 866 (1993) de 22 de septiembre.

(22) Resolución del Consejo de Seguridad 894 (1994) de 14 de enero.

(23) Resolución del Consejo de Seguridad 898 (1994) de 23 de febrero.

entre la población civil (24). Por su parte UNFICYP, en Chipre, también contó con un contingente policial que acompañaba las patrullas chipriotas en reconocimientos o investigaciones criminales, protección de civiles y del aeropuerto de Nicosia, sin mandato expreso, aunque *dentro de los esfuerzos generales para asegurar el mantenimiento de la paz y la seguridad en Chipre* (25). La UNIFIL también tuvo competencias para apoyar a las autoridades libanesas *para restaurar la autoridad efectiva* y a partir de 1982 (segunda invasión israelí) asistió y protegió a la población civil.

Esta función de control de orden público tiende a la expansión. En Camboya, la misión desplegada (APRONUC) tenía competencias relacionadas con la política exterior (como emitir pasaportes o visados), la defensa nacional, las finanzas, la seguridad pública y la información. En Yugoslavia, el Consejo de Seguridad, al aprobar un informe del Secretario General de 27 de julio de 1992, encomendó a la UNPROFOR el control de la inmigración y el de las aduanas, la información pública y la policía civil (26). En El Salvador, la ONUSAL se ha ocupado de temas relacionados con el sistema judicial, la capacitación policial, la reforma constitucional, Fuerzas Armadas etc.

Por su parte, la gestión de materias relativas a derechos humanos es también una novedad que tiene antecedentes en las misiones de Naciones Unidas. La primera que recibió estas tareas fue la ONUSAL cuando el 26 de julio de 1990 el Gobierno de este país y los representantes de la guerrilla FMNL firmaron en San José de Costa Rica el *Acuerdo sobre Derechos Humanos* y solicitaron a Naciones Unidas una misión de verificación en esta materia con amplias facultades, que comprendía desde visitar cualquier lugar o establecimiento sin previo aviso (27), hasta el acceso directo y sin límites ante el Fiscal General de la República (28). El éxito de esta misión concluida, tras los *Acuerdos de Paz de Méjico* (1992), hizo que se repitiese en Camboya con APRONUC y que en Guatemala (1995) se estableciese una misión de *Verificación de la Situación de los Derechos Humanos* (MINUGUA) con facultades parecidas (29).

---

(24) FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio, *Operaciones de las NN.UU para el Mantenimiento de la Paz*, Huelva: Universidad de Huelva, 1998, vol. I, p.273.

(25) Doc. S/11353/add.7, de 25 de julio de 1974.

(26) Resolución 769 (1992) de 7 de agosto.

(27) El único precedente que existía hasta la fecha al respecto era el *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura* de 26 de septiembre de 1987 cuyo artículo 2 prevé la posibilidad de visitar todos los lugares de los Estados contratantes donde se encuentren personas privadas de libertad por una autoridad pública.

(28) Resolución 991 del Consejo de Seguridad (1995) de 27 de Abril.

(29) Doc.Ca/93, HR/4067, de 22 de noviembre de 1994, p. 2.

Estas tareas de observación, control e informe no podrían ser acometidas solamente por militares en tanto que carecen de las aptitudes debidas, de ahí la participación de elementos civiles, monitores de derechos humanos y cooperantes en distintas áreas (jurídicas, sanitarias y judiciales, principalmente).

## **LA CONFIDENCIALIDAD EN LA GESTIÓN DE PERSONAL. BREVE ANÁLISIS JURÍDICO**

Victoriano Gallego Arce

### **INTRODUCCIÓN**

Quizás habría que dejar para la psicología u otras disciplinas, las razones por las que queremos ver, oír, conocer cosas que nos están vedadas. Sin embargo sí podemos decir que la información facilita el poder, y sabiendo cosas sobre los demás e introduciéndonos en esa esfera prohibida, hemos conseguido por un lado, la conquista de una parte de la persona y por otro podemos establecer con más seguridad una estrategia para lograr la sumisión.

Por otra parte, si la información la obtenemos sobre una empresa o sobre una institución, esa información nos lleva directamente al poder, pues sobre la espiada se puede ejercer cualquier tipo de dominio, llevar a cabo una venganza o bien puede surgir el lucro con la información obtenida. Y todos tenemos la conciencia de que la peor agresión es aquella que sólo puede sospecharse. De cuya existencia sólo nos enteramos cuando es tarde. Cuando percibimos el daño que se ha causado, o lo que es mucho peor, cuando por ello nos enfrentamos a consecuencias jurídicas disciplinarias, civiles e incluso penales.

Este trabajo sólo pretende enmarcar un problema dentro del Derecho, analizar brevemente las bases filosófico-jurídicas sobre las que se apoya y ofrecerlo a quienes en el ámbito militar trabajan con datos personales, sobre todo aquellos que tienen la misión dentro de las pequeñas Unidades de la Gestión de Personal, del tratamiento y elaboración del historial mili-

tar y las evaluaciones. Pues, tanto en el artículo 97 de la *Ley 17/99, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas*, como en la muy reciente reglamentación que viene a desarrollarlo, se insiste en un claro mandato, que es el aseguramiento de la confidencialidad. Esto es, tener la certeza de que no se revela ni hace pública esa noticia reservada o íntima (*confidentia*) que sobre la persona, se conoce con motivo del cargo o puesto que se ocupa. Lo contrario viene a suponer un atentado a la esfera íntima y a los derechos personalísimos del ser humano.

## JUSTIFICACIÓN HISTÓRICO-FILOSÓFICA

La fundamentación filosófica de los Derechos Humanos siempre ha resultado difícil e incluso ha dado lugar a distintos modelos de pensamiento. No obstante, el núcleo más clásico se caracteriza por señalar la propia naturaleza del ser humano, como raíz explicativa y justificadora de la existencia y reconocimiento de tales derechos. La teoría de origen medieval, de los derechos naturales (*iusnaturalismo*) y primarios fue el primer paso de los que después ha recibido la denominación de «Derechos Humanos» o «Derechos del Hombre» (1).

Dentro de aquellos, y desde los tiempos más antiguos, surgió un primer grupo de derechos a proteger y que son los llamados «Derechos Civiles» o «Individuales», que intentan proteger la esfera más íntima y personal del hombre. Podemos afirmar que bajo esta denominación se encuentran los derechos individuales del hombre en cuanto persona. Es decir, los que protegen la vida, la seguridad, la libertad personal, así como los que se refieren a la dignidad y a la intimidad del individuo. Una de sus características esenciales es la universalidad y por eso afectan a todos los hombres, es decir, son universales. Otorgan a los individuos un ámbito de libertad, un señorío o autonomía de la voluntad que no puede ser perturbada ni por el poder público, ni por otros grupos, ni por los particulares. Y vendría determinado por el derecho de todo ser humano a que se proteja su vida y su integridad contra cualquier ataque. Esto es, tiene el derecho fundamental a no ser privado de su vida. Y, en torno al derecho a la vida giran otra serie de derechos cuya misión es garantizar, no ya la puramente biológica del individuo, sino una vida auténticamente digna como vida humana. El derecho a la vida no se agota en la mera conservación de ésta. El hombre

---

(1) BENITO DE CASTRO CID. *El problema de la fundamentación racional de los derechos humanos*.

siempre ha luchado además por su significación social como individuo, su intimidad, vida privada, honor, fama prestigio, nombre..., su *dignidad o integridad moral* en definitiva. Y dentro de esta dimensión el primer lugar lo ocupa el derecho a la intimidad (2).

Lo cierto es que, a pesar de la dilatada historia de los Derechos del Hombre, de la grandiosidad de las proclamaciones y declaraciones, y de la incesante actividad legislativa y de control que, sobre todo en el mundo occidental se lleva a cabo, con la exclusiva finalidad de la realización y efectividad de los derechos de los individuos, en cada época aparecen formas nuevas y específicas de violación de los derechos humanos.

Y así, la que nos toca vivir ahora, es el riesgo que corre el derecho a la intimidad. De aquí su especial relevancia.

## PROBLEMÁTICA SOCIAL

La convergencia de las telecomunicaciones con los recursos informáticos ha lanzado a la sociedad a un mundo que, hasta hace unos días, sólo era una ficción. Al unir informática y comunicaciones surge un cambio social de gran impacto generado por las redes telemáticas, que viene a calificarse como la nueva revolución industrial. «...no todo el mundo va a entender que estamos ante un cambio igual o semejante al vivido en la revolución industrial ...», se dijo en el Senado el día 18 de mayo de 1998.

La sociedad tiende a una nueva organización porque las nuevas tecnologías son accesibles y de carácter universal, y configuran la información como un nuevo valor fundamental. Se va abandonando una forma de vida asentada en los bienes físicos, hacia una centrada en el conocimiento y la información, y aparece una nueva mercancía que es el intercambio de datos. Si algo representa hoy nuestra cultura y nuestra convivencia son las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y así surge la sociedad de la información como modelo de organización industrial, cultural y social (3).

En esta «sociedad postindustrial» (4) en la que a los datos se les considera «sangre del sistema» o «moderna energía», puesto que en ellos están contenidos nuestras transacciones financieras, el consumo de drogas, las compras en un supermercado, la situación familiar, nuestra solvencia

---

(2) Narciso Martínez Morán. *Los Derechos de Libertad*.

(3) Herminia Campuzano Tomé. *Vida privada y Datos Personales*.

(4) El profesor Velásquez Bautista atribuye esta expresión al profesor Masuda.

económica, las creencias religiosas, la salud, los procesos y condenas, las sanciones, nuestra raza, la profesión, los títulos y grados académicos, el comportamiento sexual, las aficiones, las ideas políticas, nuestro salario, etc. Esta producción de datos, y la interconexión de los ficheros que los contiene, permiten describir con absoluta claridad nuestro pasado, nuestro presente y hacer una prospectiva sobre nuestra vida. Podemos coincidir en que el tratamiento de los datos y la creación de perfiles puede ser utilizado para lesionar los derechos y cercenar las libertades (5).

El hecho de que todos los que trabajamos o intervenimos de alguna manera en la Gestión de Personal conozcamos datos concernientes a los componentes de la Unidad, y que esos datos se plasmen habitualmente en los expedientes personales, motiva que el legislador insista en el deber de asegurar la confidencialidad. Nos dice, en definitiva, que conocido el riesgo, conocido el contenido esencial de los derechos de la persona, profundicemos en la legislación y apliquemos las medidas necesarias para evitar la posible lesión de la dignidad de un militar. A pesar de la existencia de voces pesimistas al respecto (6).

La propia Declaración de los Derechos del Hombre deja claro el alcance de estos derechos (art. 12 al 18). Conforme a ellos nuestra Constitución (CE) los interpreta (art. 10.2 CE). Reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar, junto al derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1 CE) para después ordenar al legislador que los garantice limitando el uso de la informática (art. 18.4 CE).

Mandato este último, que se vio cumplido con la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal —LORTAD—*.

No obstante, para acomodar nuestro ordenamiento a la Directiva 95/46/CE se dictó la *Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal*, que deroga la anterior. Esta nueva norma, que necesitará la aprobación de disposiciones reglamentarias que la desarrollen, mantiene en vigor transitoriamente algunas normas existentes que desarrollaron la Ley derogada, y entre otros cabe citar el RD 428/1993; RD 1332/1994; RD 994/1999.

Pero no sólo los datos informatizados y automatizados gozan de la protección constitucional, pues el artículo 20.4 de la Norma Suprema, viene

---

(5) Rafael VELÁSQUEZ Bautista en «*Protección Jurídica de Datos Personales Automatizados*».

(6) «proteger la vida privada en la era del ordenador es como intentar cambiar una rueda de un coche en movimiento». Herminia Campuzano: *op. cit.*

a garantizar el derecho al honor e intimidad y para ello la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al Honor, a la Intimidad personal y Familiar y a la propia Imagen* protege contra cualquier ingerencia o intromisión ilegítima, además de la protección penal y preferente por ello, contenida en la *Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal*.

## HISTORIAL MILITAR Y CONFIDENCIALIDAD

Aquel citado artículo 97 de la Ley 17/1999 establece, que todas las vicisitudes profesionales del militar (afectando por tanto a militares de carrera, de complemento y profesionales tropa) deben quedar reflejadas en su historial militar individual, de uso confidencial. Y tras ordenar que no se anoten en él ningún dato que pudiera constituir causa de discriminación, señala que las normas que se dicten para su elaboración, custodia y utilización, deben asegurar la confidencialidad de los cuatro documentos que componen aquel historial y que son:

- Hoja de Servicios
- Colección de Informes Personales.
- Expediente Académico.
- Expediente de Aptitud Psicofísica.

La Hoja de Servicios queda regulada en el artículo 98 de la Ley 17/99, y en cuanto a su forma establecida en la OM 50/1997, en la que se separan los datos administrativos de los datos biológicos. Es un documento objetivo en el que se exponen los hechos y circunstancias de cada militar desde su ingreso en las Fuerzas Armadas, hasta el pase a retiro, o baja por cualquier motivo.

Incluye los ascensos y destinos, descripción de hechos notables y actos meritorios, recompensas y felicitaciones personales y colectivas, así como los delitos, faltas y las penas y sanciones correspondientes que no hayan sido canceladas.

¿Por qué su uso debe ser confidencial? Pues, primero porque supone una recogida y tratamiento de datos personales, en cuanto a información concerniente a las personas, y después debe gozar de la necesaria protección, porque en definitiva esos datos van a configurar el prestigio profesional del militar, esto es, la repercusión que dentro de su ámbito social tiene su actividad realizada en una determinada área profesional.

Un conocimiento indebido de todos o algunos de los datos que aquí se recogen, en particular sanciones entre otros, puede suponer un duro golpe al prestigio del militar, una pérdida de honorabilidad y enorme perjuicio moral.

El honor de las personas viene determinado por la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la persona (7), esto es, la reputación social y su autoestima. Se lesiona el honor cuando el individuo se siente vejado y efectivamente se le rebaja ante la colectividad (8) y no existe justificación para el deshonor, el hecho de haber llevado a cabo un comportamiento ético o técnico inadecuado o reprochable. El prestigio, por su parte, se entiende como derecho fundamental, al margen de los llamados personalísimos entre los que se encuentran el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, como patrimonio espiritual de la persona enmarcada en el ámbito profesional en el que la persona agraviada desarrolla su actividad habitual (7).

Y es ya, la emblemática Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de diciembre de 1992, la que llega definitivamente a la cuestión de estimar que un ataque al prestigio profesional puede ser un ataque al honor. Y así pone de relieve que siendo el concepto del honor cambiante y dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, sin embargo, hoy como ayer son la honradez y la integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores, siendo el trabajo el elemento que a través del tiempo ha ido ganando terreno,(...) añade, que el prestigio ha de considerarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor, y por ello digno de ser amparado (7).

Por tanto, se impone la necesidad de prevenir el conocimiento impropio de los datos contenidos en la hoja de servicios más allá de quienes tienen el deber de trabajar con ellas, y así evitar que un militar identificado bien con su nombre o a través de datos que lo hagan identificable, pueda sufrir una posible difamación o desmerecimiento en la consideración ajena.

Debe tenerse en cuenta que, en el caso de que el órgano de gestión de las hojas de servicios utilice un fichero automatizado de datos, deberá tener en cuenta el RD. 994/1999 de 11 de junio, en particular, para la aplicación de los distintos niveles de seguridad.

Colección de Informes Personales.- El tema de este trabajo parece apartarse al llegar a los informes personales, pues si hasta ahora se trataba de profundizar en la confidencialidad, y buscar los motivos por los que el legislador ordena un uso confidencial, en este caso por fuerza de ley (*iuris et de iure*) es el IPEC cumplimentado, es decir, donde se contiene el informe, el que goza de la clasificación de confidencial y por tanto sujeto a las normas de protección de documentos.

---

(7) STS 1270/1998 de 31 diciembre 1998.

(8) Ana Laura Cabezuelo Arenas. «Derecho a la Intimidad».

Su regulación nace en el artículo 99 de la Ley 17/99 y su forma en la OM 47/1993, de 8 de julio. Para la protección y custodia se rige por las normas de materias clasificadas, y rigen sus disposiciones específicas en cuanto al tratamiento automatizado de datos (9).

El hecho de que en ellos se plasmen las apreciaciones de cualidades, méritos, aptitudes, competencias y formas de actuación del militar, incluso aspectos relativos al consumo de drogas o alcohol, justifica la necesidad de su clasificación y hace válido todo cuanto se dijo relativo al prestigio. No obstante, el hecho de ser evaluado por sí solo, hace necesaria la reserva de los resultados, pues aún cuando no se comprometa el buen nombre de la persona, su desprotección puede llegar a suprimir la espontaneidad. El creernos observados no nos ayuda a comportarnos libremente, sino como creemos que es más conveniente para que los demás modifiquen o mantengan, según el caso, el juicio que ya han hecho sobre nosotros. Las relaciones profesionales deben desarrollarse sobre la base de la espontaneidad y la libertad, y nunca pueden quedar en meras cajas de resonancia que traten de sustituir la esencia por la apariencia.

Expediente Académico.- Junto al expediente de aptitud psicofísica, son los documentos del historial de más reciente regulación. Sobre la base del artículo 100 de la Ley 17/99, se ha publicado la OM 209/2001, de 3 de octubre, en la que se reglamenta la elaboración custodia y utilización de los expedientes académicos militares y que viene a sustituir a la anterior OM 16/1993. En ella se establecen las medidas de seguridad de los ficheros y el nivel de seguridad de los distintos documentos (10). En todo caso este documento afecta en menor grado a la gestión de personal dentro de una pequeña Unidad.

No así el Expediente de Aptitud Psicofísica que origina y contiene datos personales que permanecen en la Unidad. Los artículos 101 y 107 de la Ley de personal, hacía necesaria la reglamentación para la determinación de la aptitud psicofísica del militar, que se materializa en el RD 944/2001, de 3 de agosto. Y dentro de aquella aptitud y en íntima conexión, la regulación de las bajas temporales para el servicio, así como la concreción de las competencias para establecerlas. Son reguladas en la Instrucción 169/2001 de 13 de julio, y en ella viene a señalarse a propósito del tema que nos ocupa, que en todo el proceso regulado para la determinación y seguimiento de la baja temporal, así como en las notificaciones que se originan, quedará salvaguardado el grado de confidencialidad que la legislación en materia sanita-

---

(9) Artículo 2.3.c de la LO 15/1999 de Protección de Datos Personales.

(10) De acuerdo con el RD 994/1999. se establecen tres niveles: básico, medio y alto.

ria le atribuya. Expresión que también encontramos en el citado art. 101 *in fine* y que tiene su base en el artículo 10.3 de la Ley 14/1986 General de Sanidad de 14 de abril, en el que se garantiza el derecho del paciente a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier institución sanitaria, ya sea pública o privada.

Precepto que puede hacer surgir algún problema de interpretación, pues es lógico que el paciente y el médico que le atiende, son los más próximos en conocer la información referente a la salud de aquél. Pero la complejidad de la gestión del personal y la vinculación que el estado de salud tiene con la prestación del servicio, requiere que gran parte de la información se mantenga dentro de un circuito de personal autorizado, a quien alcanza igualmente el deber de guardar el más escrupuloso sigilo. Así, en opinión del que escribe, el Jefe de la Unidad puede recabar del oficial médico de la misma, toda la información necesaria para la fundamentación de sus decisiones. El caso extremo surge cuando estas vayan dirigidas a preservar la salud del resto de sus subordinados, pero la situación normal para poder acordar el alta o baja, reconocimientos médicos necesarios para el seguimiento de la incapacidad, o incluso solicitar reconocimientos médicos o pruebas psicológicas no periódicas, exige tener acceso a datos relativos a la salud, contenidos en los correspondientes dictámenes, así como el asesoramiento que en cada caso pueda solicitar del médico de la Unidad.

Además, el Registro de Bajas Temporales para el Servicio, que desde el día 14 de agosto debe existir en los Órganos de Gestión de Personal de las Unidades, y la obligatoriedad del archivo de notificaciones en el expediente de aptitud psicofísica del militar (11), amplía el círculo de personas que conocerán los datos relativos a la salud de los componentes de la unidad; recordando una vez más el deber de guardar secreto.

Y no sólo, aquellas notificaciones se recogen en este documento del Historial Militar, sino cualquier informe médico y psicológico fruto de los reconocimientos y pruebas respectivas, así como los resultados de las pruebas físicas, asegurándose la confidencialidad (12). Teniéndose en cuenta que los ficheros que contengan datos de carácter personal relativa a la salud, y esos datos estén automatizados, deberán adoptar las medidas de seguridad calificadas como de nivel alto (13).

---

(11) Disposición Undécima. Instrucción 169/2001 Normas determinación y control bajas temporales.

(12) Art. 8.1 RD 944/2001 Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

(13) Art. 4.3 del RD 994/1999 Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados.

## CONSECUENCIAS JURÍDICAS

El ordenamiento reacciona contra la inobservancia de estos principios previendo responsabilidades de tipo disciplinarias, civiles e incluso penales.

Las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas en su artículo 45 señalan que el militar «guardará discreción sobre todos los asuntos relativos al servicio.(...)», por lo que su incumplimiento puede dar lugar a la comisión de una falta leve contemplada en el artículo 7.34 de la Ley Disciplinaria (14), puesto que puede suponer una inobservancia no ya del precepto mencionado, sino de distintas disposiciones que rigen la Institución Militar y que han sido citadas con anterioridad.

Si la gravedad de los hechos lo requiere, puede ser considerada como un incumplimiento de las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar, supuesto de hecho contemplado en el artículo 8.10 de nuestra citada Ley Disciplinaria y tipificado de falta grave.

La comisión de estas faltas requiere una acción de distinta gravedad, según los casos, en los que puedan difundirse, revelarse o cederse datos.

Tal vez la novedad a señalar sea que la iniciación de actuaciones disciplinarias puede proceder de una propuesta del Director de la Agencia de Protección de Datos a la Autoridad militar con competencia para sancionar; cuando aquella Autoridad civil tiene conocimiento de alguna de las conductas descritas como infracciones en la Ley Orgánica 15/1999 (15).

En cuanto a la protección penal del derecho a la intimidad, se contempla en los artículos 197 al 201 del Código Penal que castiga a quienes:

— Se apoderen, utilicen y manipulen datos de carácter personal, que se hallen en Registros.

— Difundan, revelen o cedan datos reservados, con especial agravación de penas si se trata de personas encargadas o responsables de su custodia; se haga con fines lucrativos, por autoridad o funcionario público, o por razón del oficio o relación laboral.

Las penas máximas pueden alcanzar, en algunos casos, los cinco años de prisión, y doce de inhabilitación.

Se trata de delitos perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada, excepto en el caso en que se cometa por autoridad o funcionario

---

(14) Ley Orgánica 8/1998 Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Art. 7.34 Es falta leve «las demás que, no estando en los apartados anteriores, supongan inobservancia leve de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas, reglamentos y demás disposiciones que rigen la Institución Militar».

(15) ver art. 44 y 46.2 LO de Protección de Datos Personales citada anteriormente.

público, en el que el delito es público y por tanto perseguible de oficio. El perdón del ofendido, extingue la acción penal o la pena impuesta.

Por otra parte, la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se encuentra garantizada en la referida Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo. En el que frente a las injerencias e intromisiones ilegítimas, el perjudicado podrá recabar la tutela judicial con el fin lograr el cese de la intromisión ilegítima de que se trate, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como la condena a indemnizar los perjuicios materiales y morales causados. Todo ello mediante un proceso declarativo denominado juicio ordinario, según la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, cuando se produce el menoscabo del prestigio de la personas, el marco legal que ampara la defensa de tales intromisiones no es la Ley 1/1982, sino la denominada culpa extracontractual (*o aquiliana*) recogida en el artículo 1902 del Código Civil.

En los casos en que exista protección penal, tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, sin bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con la Ley de protección civil (16).

Para finalizar, quizás resaltar las palabras del Director de la Agencia de Protección de Datos: «Las medidas que generalmente más se incumplen no son las técnicas, sino las organizativas que son las más simples. Intentar dejar cerrado el ordenador si nos ausentamos, por ejemplo. Son quizás las que más se incumplen, y las que mayores problemas crean.» (17).

---

(16) Exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 1/1982.

(17) entrevista publicada en la revista *Abogacía Española*, julio-agosto 2001.

## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACIÓN**

## 1. LEGISLACIÓN

María Trinidad Rodríguez-Burgos y Aguilera  
*Documentalista*

### JEFATURA DEL ESTADO

Ley Orgánica 7/2002, de 5 de julio, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE n.º 161, de 6-7-2002).

Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE n.º 258, de 28-10-2002).

Ley 32/2002, de 5 de julio, de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (BOE n.º 161, de 6-7-2002).

Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE n.º 242, de 9-10-2002).

Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE n.º 258, de 28-10-2002. Corrección de errores BOE n.º 281, de 23-11-2002).

## MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 913/2002, de 6 de septiembre, sobre representación institucional de las Fuerzas Armadas (BOE n.º 215, de 7-9-2002. Corrección de errores BOE n.º 241, de 9-10-2002).

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Real Decreto 915/2002, de 6 de septiembre, sobre organización y funcionamiento de las Delegaciones de Defensa (BOE n.º 215, de 7-9-2002).

## MINISTERIO DE DEFENSA

Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (BOE n.º 287, de 30-11-2002).

## **2. JURISPRUDENCIA**

## 2.1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL (1)

Luis B. Alvarez Roldán  
*General Auditor (R)*

El propósito de acercar en el tiempo la publicación en esta Revista de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se aproxima a su logro con la inclusión en el presente número, julio-diciembre de 2002, de las Sentencias del Alto Tribunal dictadas durante todo el año, sobre materias que afecten al Ministerio de Defensa o de interés militar, en las esferas administrativas, penales o disciplinarias.

Afortunadamente durante el año 2002 el Tribunal Constitucional ha visto reducida su actividad, en las esferas aludidas, drásticamente: tan solo tres sentencias.

Aún pecando de optimistas, creemos que la adecuada actuación constitucional de Jueces y Tribunales Militares, así como de los órganos administrativos de los Ejércitos, Guardia Civil y Ministerio de Defensa, ha hecho posible el menguante reproche del Tribunal Constitucional.

---

(1) Con la ayuda de los medios personales e informáticos de la Asesoría Jurídica del C.G. del Ejército del Aire.

**Sentencia de 16 septiembre, núm. 159/2002. T.C. Sala Primera**  
Recurso de Amparo núm. 4163/1999.

**MATERIA:** Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: sentencias dictadas sin recibir el pleito a prueba y sin valorar un documento relevante.

**Ponente:** D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

**I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)**

Los hechos de los que trae causa el recurso de amparo son, expuestos de forma sintética, los siguientes:

I.—La recurrente, viuda de don Juan G. V., solicitó de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas (Ministerio de Economía y Hacienda) el otorgamiento de una pensión reconocida en el Título II de la Ley 37/1984. El fundamento de aquella solicitud estaba en que su marido, ya fallecido, fue nombrado Sargento en 1926, licenciándose en 1932 con pase a la situación de reserva. Durante la guerra fue capturado y enrolado en un «Batallón de Trabajadores», del que fue definitivamente licenciado en 1940. La Dirección General, en resolución de 22 de diciembre de 1995, consideró no probado que durante la guerra don Juan G. V. hubiera reingresado en el Ejército (de la República) con el empleo de Sargento, por lo que desestimó la solicitud. Formulado recurso económico-administrativo, fue también desestimado por resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de abril de 1996.

II.—Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, la recurrente solicitó la recepción del pleito a prueba, en relación con el empleo militar de su marido durante la guerra. Por Auto de 22 de enero de 1997 acuerda la Sala de lo Contencioso-Administrativo la no recepción del pleito a prueba, lo que fue recurrido en súplica y reiterado en Auto de 19 de febrero de 1997. Pese a la inexistencia de pieza de prueba, la recurrente remitió a la Sala unos documentos respecto de los cuales dispuso el órgano judicial que quedaran unidos a los autos (providencia de 14 de marzo de 1997). Entre esos documentos consta una «Hoja de Media Filiación» (con motivo del ingreso del finado en el «Batallón de Trabajadores núm. 11 de Prisioneros de Guerra») obtenida después de la tramitación del expediente administrativo y de la que resulta que don Juan G. V. fue capturado por el Ejército llamado «nacional» mientras desempeñaba el

empleo de Sargento en el 18º Cuerpo del Ejército. Pese a la constancia formal de este documento, la Audiencia Nacional consideró que no había quedado probado el hecho del empleo militar durante la guerra.

III.—Estando «sub iudice» la causa ante la Audiencia Nacional, la demandante solicitó (el 17 de febrero de 1997) de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas la revisión en vía administrativa de la denegación inicial de la pensión, con base precisamente en el nuevo documento aportado (la «Hoja de Media Filiación»). Al estar «sub iudice» una causa judicial, la Dirección General pospuso la resolución del asunto hasta la terminación del proceso. De ahí que la resolución de la Dirección General de Costes de Personal tenga fecha de 27 de octubre de 1997, cuando ya se había dictado Sentencia desestimatoria por parte de la Audiencia Nacional (9 de junio de 1997). En esta resolución afirma la Administración que, al haberse denegado ya la anulación de la primigenia resolución administrativa por la Audiencia Nacional (según Sentencia de 9 de junio de 1997), la eficacia de cosa juzgada de la Sentencia de la Audiencia Nacional impide la revisión del acto administrativo por la propia Administración. Se añade además en la misma resolución que, a la vista de la documentación aportada por la recurrente, a ésta quedaría aún abierta la posibilidad de revisión [conforme al art. 102 c) 1 a) de la LJCA de 1956] ante el Tribunal Supremo.

IV.—En vista de esta resolución administrativa, la recurrente inicia dos itinerarios rescisorios: por un lado, mediante escrito presentado el 23 de diciembre de 1997 promueve la revisión, por el Tribunal Económico-Administrativo Central, de la resolución del mismo órgano de 25 de abril de 1996; el Tribunal Económico-Administrativo, por resolución de 3 de julio de 1998, rechaza la petición toda vez que el asunto ya había quedado resuelto por Sentencia de la Audiencia Nacional. Por otro lado, la recurrente interpuso recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, alegando que existían documentos nuevos (fundamentalmente, la «Hoja de Media Filiación») recobrados después de la Sentencia de la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 14 de junio de 1999, considera improcedente el recurso porque los documentos supuestamente nuevos habían sido aportados ya ante la Audiencia Nacional. Pero el propio Tribunal Supremo reflexiona, en un extenso «obiter dictum», sobre la negativa de la Administración a revisar un acto administrativo (aún habiendo motivo fundado para ello) por el hecho de que la Audiencia Nacional hubiera desestimado el recurso contencioso-administrativo. Declara con contundencia el Tribunal Supremo que aquel efecto de cosa juzgada afirmado por la Administración carece de todo fundamento y que si conside-

raba la Administración que efectivamente había documentos nuevos, debió iniciar la revisión de oficio, y no remitir a un cauce procesal de rescisión de Sentencias firmes.

V.—La recurrente volvió a solicitar de la Dirección General de Costes de Personal la revisión de la inicial resolución administrativa denegatoria de la pensión. Por último, con fecha de 27 de noviembre de 1999, la recurrente ha hecho llegar a este Tribunal copia de un escrito dirigido a la recurrente por el Secretario de Estado de Presupuestos y Gastos en el que se anuncia una posible desestimación de su petición de revisión, de nuevo porque la Sentencia de la Audiencia Nacional es firme.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

... Empecemos por señalar que la resolución económico-administrativa de 3 de julio de 1998, en tanto carente de contenido sancionador, no puede ser enjuiciada por este Tribunal ex art. 24 CE. La exclusión del juicio constitucional en relación con aquella resolución administrativa no se debe, como alegaba el Ministerio Fiscal, a la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Lo determinante ahora es que la recurrente invoca los derechos del art. 24 CE respecto de una decisión no judicial, sino administrativa. Y, dado que no estamos ante una resolución sancionadora —único supuesto en que los derechos del art. 24 CE son directamente aplicables, según viene declarando este Tribunal desde la STC 18/1981, de 8 de junio, F. 2— este motivo de amparo carece de fundamento.

... Como reiteradamente ha señalado este Tribunal al enjuiciar el carácter manifiestamente improcedente de un recurso, la armonización de las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) conducen a una aplicación restrictiva del recurso improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad (por todas, STC 4/2000, de 17 de enero F. 2, citando SSTC 224/1992, de 14 de diciembre; 352/1993, de 29 de noviembre; 253/1994, de 19 de septiembre; 122/1996, de 8 de julio). Este Tribunal tiene establecido también que no deben considerarse improcedentes los recursos cuando «de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición

del recurso» (SSTC 201/1998, de 14 de octubre F. 3; 210/1998, de 27 de octubre, F. 2; 84/1999, de 10 de mayo F. 2; 197/1999, de 25 de octubre F. 2; 123/2000, de 16 de mayo F. 2; 267/2000, de 13 de noviembre F. 2).

... En el presente caso, es evidente que no cabe estimar que el recurso de revisión instado por la actora obedeciera a un ánimo fraudulento. Basta con la lectura de la demanda de revisión para concluir que lo en ella pretendido era la protección de un derecho fundamental vulnerado, a través de la revisión de una Sentencia firme en razón de la existencia de unos documentos que justificaban la anulación de la Sentencia de la Audiencia Nacional.

... La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional debió recibir el pleito a prueba para dar ocasión de acreditar las circunstancias en cuya falta de constancia basa después su Sentencia desestimatoria, máxime si se tiene en cuenta que obraba unido a los autos el documento que incorporaba la Hoja de Media Afiliación al que se viene haciendo referencia, por lo que nada hubiera impedido a la Sala incorporarlo formalmente (con los efectos de prueba correspondientes) de oficio o para mejor proveer. Por ello, la Audiencia Nacional, al dictar una Sentencia desestimatoria sin valorar dicho documento ni explicar las razones de tal actitud, conculca el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

... La indefensión producida queda reforzada, finalmente, por el carácter decisivo en términos de defensa (SSTC 219/1998, de 17 de diciembre, F. 3, y 101/1999, de 31 de mayo, F. 5) que poseía la prueba desconocida, hasta el punto de que, de haber sido tomada en consideración, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta, en el sentido de ser favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental, que pudiera haber accedido a los beneficios establecidos en la Ley 37/1984.

### III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la Autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar el amparo a doña Pilar G. B. y en consecuencia:

- 1.º Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
- 2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, de 9 de junio de 1997.
- 3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de dicha Sentencia, tomando en consideración todos los documentos en los que la recurrente en amparo basa sus derechos.

#### IV. COMENTARIOS

El Tribunal Constitucional valora adecuadamente los esfuerzos de la reclamante para obtener la pensión de viudedad que entendía le correspondía como viuda de Sargento profesional durante la Guerra Civil.

Con unos cauces procesales, mas o menos acertados jurídicamente, queda patente la existencia de unas pruebas que, correcta o incorrectamente, no han sido consideradas por órganos administrativos y judiciales, y así la intervención del T.C. «pro-justicia» material permite que se examinen las pruebas aportadas antes de aplicar la legislación.

Es un triunfo de la justicia material sobre la justicia formal, que como siempre nos produce satisfacción.

**Sentencia de 16 septiembre de 2002, núm. 161/2002. T.C. Sala Primera.**  
Recurso de Amparo núm. 5005/2000.

**MATERIA:** Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso al recurso legal); inadmisión de recurso de casación con error patente sobre la fecha del fallo impugnado, anterior a la entrada en vigor de la nueva Ley de la jurisdicción, aunque notificado tardíamente.

**Ponente:** D. María Emilia Casas Baamonde.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... El 13 de junio de 1992 falleció el hijo de los ahora recurrentes de amparo, don Miguel Angel A. E., Guardia Civil que prestaba servicios en la Sección de Servicios de Montaña de la Guardia Civil de Jaca, cuando estaba realizando un rescate de montaña.

... Como consecuencia de dichos hechos el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Jaca incoó diligencias previas. La Audiencia Provincial de Huesca el 23 de diciembre de 1992 dictó Auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

... Los referidos hechos dieron lugar a que la Administración General del Estado iniciara de oficio el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración; procedimiento en el que se per-

sonaron los ahora recurrentes solicitando una indemnización de 25.000.000 de pesetas por el daño que les había ocasionado el fallecimiento de su hijo. Tras diversas vicisitudes administrativas (el procedimiento se inició por el Ministerio de Defensa, órgano que posteriormente se declaró incompetente por considerar que la competencia le correspondía al Ministerio de Justicia e Interior) los recurrentes interpusieron recurso Contencioso-Administrativo contra la desestimación presunta de su petición.

... La Audiencia Nacional, el 20 de noviembre de 1998, dictó Sentencia desestimatoria. Esta Sentencia fue notificada a los recurrentes el 14 de diciembre de 1998.

... Contra esta Sentencia interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo, por Auto de 30 de junio de 2000, inadmitió el recurso en virtud de lo dispuesto en el art. 93.2 a) LJCA/1998 en relación con el art. 86.2 b) de la misma Ley al no exceder su cuantía de 25 millones de pesetas.

... En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, que el Auto impugnado invoca la disposición transitoria tercera, apartado primero, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y argumenta su aplicación al presente caso por considerar que la Sentencia recurrida se había dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, afirmación que, según sostienen los demandantes, constituye un manifiesto error, ya que la Sentencia se dictó veinticinco días antes de su entrada en vigor y fue su notificación lo que se llevó a cabo el mismo día en que entró en vigor la referida Ley. Aducen los recurrentes que fue el retraso en la notificación de la Sentencia lo que determinó que resultase de aplicación el régimen del recurso de casación previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, y no el que se contenía en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, que hubiera sido la Ley aplicable si la Sentencia no se hubiera notificado con retraso, y que hubiera determinado la admisión del recurso, ya que de acuerdo con esta última Ley era claro que el recurso superaba la cuantía entonces exigida para poder recurrir en casación.

Por otra parte, los demandantes de amparo aducen que el Tribunal Supremo no ha interpretado las normas que regulan la determinación de la cuantía del recurso del modo más favorable al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS (Resumen)

... Es doctrina constitucional reiterada que para que pueda apreciarse que una resolución judicial incurre en un error lesivo del derecho funda-

mental que consagra el art. 24.1 CE es preciso que se cumplan una serie de requisitos. En primer lugar, debe tratarse de un error atribuible al órgano judicial, no a la negligencia de la parte, pues sólo en el caso de que el error sea imputable al órgano judicial existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el art. 44.1 LOTC; en segundo lugar, el error debe ser material o de hecho y patente, esto es, un error fáctico, y no de interpretación jurídica, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; en tercer lugar, el error debe ser determinante de la decisión adoptada, esto es, ha de constituir el soporte único o básico de la resolución («ratio decidendi»), de modo que, comprobada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo; y por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de ahí que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carezcan de relevancia constitucional (entre otras muchas, SSTC 134/2001, de 13 de junio, F. 6; 171/2001, de 19 de julio, F. 4; 36/2002, de 11 de febrero, F. 6; 43/2002, de 25 de febrero, F. 3; y 78/2002, de 8 de abril, F. 3).

...Pues bien, proyectando la doctrina constitucional que ha quedado expuesta sobre la resolución judicial impugnada en el presente recurso de amparo es obligado reconocer que incurre en el error que le imputan los recurrentes, ya que en el Razonamiento Jurídico segundo del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2000, se afirma que la Sentencia recurrida en casación se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), y, en realidad, dicha Sentencia fue dictada con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley.

... Este error es imputable únicamente al órgano judicial, se trata, además, de un error que puede verificarse de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, pues basta con comprobar la fecha en la que fue dictada la Sentencia impugnada –fecha, además, que fue correctamente apreciada por el propio Auto en su antecedente de hecho primero– y la fecha en la que entró en vigor la Ley 29/1998, comprobación esta última que ni siquiera exige, como es obvio, acudir a los actuaciones, sino que únicamente hay que atender a lo dispuesto en la propia norma sobre su entrada en vigor, sin que ello conlleve, por otra parte, realizar análisis jurídicos.

... Ese error ha sido, por lo demás, determinante de la decisión adoptada, pues fue la consideración de que la Sentencia recurrida en casación

era posterior a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 la que determinó la aplicación del régimen del recurso de casación previsto en esta norma.

... Como se dice en la demanda de amparo, tal irregularidad procesal podía ser relevante a efectos de determinar la norma aplicable, pues si tal defecto no se hubiera producido, y, en consecuencia, la Sentencia se hubiera notificado en el término legalmente establecido, el régimen de recursos que hubiera resultado de aplicación hubiera sido el establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, ya que en tal caso el recurso de casación se hubiera preparado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (incluso en el caso de que se hubieran dado las circunstancias excepcionales que hubieran permitido dilatar la notificación hasta tres días después haber sido dictada la Sentencia, el plazo de diez días para preparar el recurso de casación que establecía el art. 96.1 LJCA/1956 hubiera vencido antes de que entrara en vigor la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de 1998) y, de acuerdo con lo expresamente establecido en el apartado segundo de la disposición transitoria tercera LJCA/1998, se le hubiera aplicado la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, lo que hubiera determinado que la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional fuera susceptible de recurso de casación al superar el asunto en el que recayó la cuantía mínima exigida por dicha Ley para interponer ese recurso.

### III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don José A. S. y doña Ana María E. L. y, en su virtud:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2.º Anular el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2000 recaído en el recurso de casación núm. 2001/1999.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que por dicho órgano judicial se dicte una resolución sobre la admisión de tal recurso que respete el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 CE.

#### IV. COMENTARIO

Un nuevo triunfo de la justicia material sobre la justicia formal, igualmente plausible; el acceso al recurso de casación es puesto a salvo por el T.C. constatando el error de hecho patente en el que incurrió el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), al confundir la fecha de la Sentencia recurrible con la fecha de su notificación tardía e inadmitir el recurso por razón de la nueva cuantía legal (más de 25 millones de pesetas), y cuando la cuantía pedida era 25 millones de principal.

Una interpretación constitucional pro-tutela incluso debió computar al principal la cantidad importe de los intereses legales.

**Sentencia de 28 de octubre de 2002, núm. 202/2002. T.C. Sala Primera.**  
Recurso de amparo núm. 5777/2000.

**Ponente:** D. Guillermo Jiménez Sánchez.

#### I. ANTECEDENTES DE HECHO (Resumen)

... El demandante de amparo, Sargento de Artillería con destino en la Batería de Plana Mayor del Regimiento de Artillería núm. 82, con sede en Agoncillo (La Rioja), fue sancionado el 4 de noviembre de 1998 por el Capitán de su batería como autor de una falta leve del art. 8.5 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, consistente en el descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad, por llevar un corte de pelo no reglamentario, imponiéndosele una sanción de dos días de arresto en domicilio. Frente a tal Resolución interpuso recurso de alzada ante el Teniente-Coronel Jefe del Grupo de Artillería Antiaérea Regimiento de Artillería 1/82, que fue desestimado mediante Resolución de 3 de diciembre de 1998, por lo que el demandante interpuso la segunda alzada prevista en el art. 51 Ley Orgánica 12/1985, ya citada, que fue igualmente desestimada, esta vez mediante Resolución de 7 de enero de 1999, por el Coronel Jefe del Regimiento de Artillería Antiaérea núm. 82. Dicha última resolución le fue notificada el día 8 de enero de 1999.

... Agotada la vía administrativa mediante la interposición de los recursos de alzada de que se acaba de hacer mención, el demandante presentó escrito el 1 de febrero de 1999, interponiendo «recurso contencioso-disciplinario militar ordinario», ante el Tribunal Militar Territorial Cuarto (A Coruña), contra la imposición de la sanción indicada y contra las resoluciones desestimatorias de los recursos de alzada a que antes nos hemos referido. El Tribunal Militar Territorial, tras dar audiencia al recurrente, al Fiscal Jurídico Militar y al Abogado del Estado, dictó Auto el 8 de abril de 1999 acordando la inadmisión del recurso por "interposición extemporánea del recurso preferente y sumario e inadmisibilidad del recurso ordinario frente a las sanciones por falta leve, cual es el caso». Para llegar a tal conclusión razonó que el escrito de interposición había sido presentado con posterioridad al transcurso de los cinco días que el art. 518 LOPM establece para el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, así como que, de aceptarse la afirmación del recurrente de que se trataba de un recurso contencioso disciplinario ordinario, éste resultaba inadmisibles a tenor del art. 486.b de la citada LOPM, la cual excluye del recurso contencioso disciplinario ordinario los actos que resuelven recursos por falta leve, cual es el caso. Finalmente rechazó expresamente, por directamente vulneradora de la legalidad vigente, la argumentación vertida por el demandante de amparo en el trámite de audiencia según la cual la imposibilidad de interponer recurso contencioso disciplinario ordinario frente a tales sanciones vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, pues no podrían llevarse a la evaluación del Tribunal del orden jurisdiccional contencioso disciplinario cuestiones de incorrecta aplicación de la normativa legal o reglamentaria en la imposición de este tipo de sanciones, descartando igualmente la solicitud deducida en orden al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del precepto últimamente citado.

... El demandante dedujo recurso de súplica frente al Auto de inadmisión insistiendo en la argumentación vertida. Tal recurso fue desestimado por Auto de 10 de junio de 1999, en el cual se razona que no existe inconstitucionalidad en el art. 468.b LOPM, pues el art. 24 CE no atribuye una genérica posibilidad de acceder a cualquier tipo de procedimiento, y menos aún a uno aleatoriamente elegido por el recurrente, estimando que el legislador ha querido conjugar la naturaleza de las faltas leves disciplinarias, como uno de los instrumentos de mantenimiento inmediato de la disciplina, con una revisión jurisdiccional del actuar en tal potestad administrativa relacionada directamente con valores constitucionales, siendo la opción del legislador tan correcta constitucionalmente como lo hubiera sido la contraria.

... Frente a la desestimación del recurso de súplica, confirmatorio de la inadmisión del recurso contencioso disciplinario deducido, se preparó recurso de casación para ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, el cual, una vez tramitado, concluyó con Sentencia de dicha Sala, de 9 de octubre de 2000, desestimatoria del recurso.

... El demandante de amparo aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del principio de seguridad jurídica que se habría ocasionado, tanto por los Autos del Tribunal Militar Territorial que inadmitieron, en primera instancia y en súplica, el recurso contencioso disciplinario ordinario, como por la Sentencia del Tribunal Supremo que desestimó el recurso de casación deducido contra aquéllos. En una escueta demanda, en la que asume los razonamientos del Voto particular de la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna, razona que, al estar permitido sólo el recurso especial y sumario para impugnar las faltas leves, queda vedado el control judicial de la legalidad ordinaria, lo cual supone cerrar el acceso a la jurisdicción con vulneración del derecho y principio indicados.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS (Resumen)

... Lo que está en cuestión en el presente recurso de amparo es si la decisión del Tribunal Militar Territorial Cuarto (La Coruña) de inadmitir el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario interpuesto por el demandante contra una sanción por falta leve lesionó o no su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente de acceso al proceso. La resolución aludida se adoptó por el referido Tribunal mediante Auto de 8 de abril de 1999, el cual fue confirmado por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 9 de octubre de 2000, desestimatoria del recuso de casación deducido contra el referido Auto. Los órganos judiciales justifican la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario militar deducido por el cauce ordinario en que contra las sanciones por falta leve está excluido el recurso contencioso-disciplinario ordinario; y, de otro lado, en que cuando se presentó el escrito de interposición ya había transcurrido el plazo de cinco días establecido al efecto por el apartado e) del art. 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar (en adelante LOPM) para el procedimiento preferente y sumario, único cauce de impugnación de las sanciones impuestas por falta leve. Tal sería el régimen que se derivaría de los arts. 468, apartado b) y 453 LOPM.

... El planteamiento del demandante de amparo es ciertamente sencillo. Al no poderse impugnar por el cauce ordinario las resoluciones sancionadoras por infracciones leves y resultar obligado ceñirse a la vulneración de derechos fundamentales en el procedimiento preferente y sumario (art. 518 LOPM), no es posible impugnar tales actos por motivos de legalidad ordinaria, de suerte que se impide todo control judicial de la actividad sancionatoria en este aspecto, lo que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Tal postura es apoyada por el Ministerio Fiscal, quien entiende que la combinación de los preceptos citados conduce inexorablemente a la inadmisión del recurso contencioso-disciplinario que dedujo el demandante.

... Hemos de comenzar por el análisis de la alegación efectuada por el Abogado del Estado, para el cual la demanda de amparo pretende la impugnación abstracta de la norma legal sin acreditar la existencia de una lesión real y efectiva (requisito consustancial al recurso de amparo) del derecho a la tutela judicial que se invoca como vulnerado.

... Pues bien, aun partiendo de la realidad incuestionable de que el demandante de amparo no ha especificado, ni en la demanda ni en las alegaciones vertidas en la tramitación de este recurso, en qué motivo o motivos de legalidad ordinaria pretendía fundar el recurso contencioso-disciplinario ordinario que interpuso, y de cuya respuesta judicial se habría visto privado en virtud de su inadmisión, es lo cierto que pesaba sobre él la carga de esgrimir ante la jurisdicción ordinaria los motivos de impugnación de la resolución sancionadora, pues la inadmisión del recurso se acordó antes de que llegara el momento procesal de formalización de la demanda. Es más, ni siquiera cabría sacar conclusiones definitivas mediante el análisis de los motivos esgrimidos en la vía gubernativa, pues el recurso contencioso-administrativo no ha de fundarse necesariamente en lo ya alegado ante la Administración demandada, sino que, siempre que no se incurra en desviación procesal, podrán aducirse en él cuantos motivos se estimen convenientes en relación al acto administrativo impugnado, se hubiesen alegado o no al agotar la vía administrativa. Así se desprende del art. 482 LOPM, según el cual en la demanda y en la contestación podrán "alegarse cuantos motivos procedan aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso en vía disciplinaria".

... Pero es que además, basta con la lectura de la Resolución de 7 de enero de 1999, que puso fin a la vía gubernativa, para observar que en ella se resumen motivos de impugnación ajenos a la vulneración de derechos fundamentales, como la existencia de una prescripción médica que amparaba el comportamiento del sancionado, la atipicidad de los hechos con-

cretamente sancionados (cuestión no forzosamente incardinable en el art. 25 CE) o la represalia por una conducta precedente como motivo último de la imposición de la sanción.

... Centrándonos, por tanto, en la decisión de inadmisión judicialmente adoptada, bueno será recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE «prohíbe al legislador que, en términos absolutos e incondicionales, impida acceder al proceso los indicados derechos e intereses legítimos; prohibición que se refuerza por lo dispuesto en el art. 106.1 de la Constitución cuando se trata del control judicial frente a la actuación administrativa» (así, STC 149/2000, de 1 de junio, que cita las SSTC 197/1988, de 24 de octubre, 18/1994, de 20 de enero, y 31/2000, de 3 de febrero).

Pues bien, la LOPM configura el marco de impugnación de las sanciones impuestas por faltas leves en los arts. 468, apartado b), y 453. El primero de ellos dispone que: «no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de: b) Los actos que resuelvan recursos por falta leve, salvo lo dispuesto para el procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario». Por su parte el segundo (453) establece que «el procedimiento contencioso-disciplinario militar regulado en el presente libro constituye el único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar. El procedimiento contencioso-administrativo militar ordinario, que se regula en los títulos II al IV, ambos inclusive, de este libro, es aplicable a toda pretensión que se deduzca contra la imposición de cualquier sanción por falta grave militar o por la imposición de las sanciones disciplinarias extraordinarias que señala el art. 61 Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Contra las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 CE, podrá interponerse el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario que se regula en el título V de este libro.»

... La inteligencia de estos preceptos revela que las sanciones impuestas por faltas leves no pueden ser impugnadas ante la jurisdicción militar por medio del procedimiento contencioso-disciplinario ordinario, sino sólo por el cauce especial y sumario.

... Esta imposibilidad de que el sancionado someta al juicio de los Tribunales la adecuación a Derecho de la actuación administrativa (impuesta en el art. 103.1 CE) que le sanciona por una infracción leve choca frontalmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocida en el art. 24.1 CE, así como, eventualmente, con el contenido del art. 106.1 CE, que atribuye a los Tribunales el control de legalidad de la actuación administrativa.

... Finalmente ha de salirse al paso de la argumentación vertida en la Sentencia del Tribunal Supremo para justificar la compatibilidad del régimen legal descrito con el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, la disciplina militar, consustancial a la organización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones al derecho fundamental invocado, pero ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, tal como viene expresa y terminantemente impuesto por el art. 8.2 CE. Tampoco puede verse en algunas de las afirmaciones de la STC 31/2000, de 3 de febrero, que declaró inconstitucional el párrafo c) del artículo ahora cuestionado, respaldo constitucional alguno al precepto que estudiamos, pues las afirmaciones que allí se realizaron tenían la finalidad de ilustrar la conclusión afirmada: que la salvedad de que contra las infracciones leves cabía deducir el recurso especial y sumario reforzaba la interpretación de la legalidad ordinaria de que en los supuestos que entonces eran objeto de impugnación [los del párrafo c)], en los que no se efectuaba salvedad alguna, estaban excluidos de todo control, ya fuera a través del contencioso-disciplinario militar ordinario, ya del especial y sumario. Es más, las razones que avalaron en su día la declaración de inconstitucionalidad del párrafo c) del art. 468 LOPM son igualmente predicables del supuesto que ahora se estudia, pues, si bien se mira, hay aquí también una exclusión total del control judicial de las sanciones impuestas por faltas leves, si bien en el aspecto más reducido de la legalidad ordinaria. Asimismo carece de fuerza convincente el apoyo que la Sentencia del Tribunal Supremo busca en diversas resoluciones de este Tribunal. La STC 180/1985, de 19 de diciembre, justificó la diferencia de trato en orden a la posibilidad de aplicación de la condena condicional, según se pertenezca o no a los ejércitos, en las peculiaridades de la jurisdicción castrense, la cual está enlazada con una organización fuertemente jerarquizado, de suerte que la imposibilidad de conceder la condena condicional a los militares se orienta a reforzar la severidad y la disciplina militar. Pero tal diferencia de régimen jurídico no afecta ni compromete el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Tampoco la STC 97/1985, de 29 de julio, proporciona soporte a la decisión del Tribunal Supremo, pues en el caso enjuiciado en ella se amparó a los particulares, padres de un soldado fallecido, que pretendían ejercer la acusación particular en el marco de la jurisdicción militar, resultando tangenciales las aseveraciones allí realizadas sobre la justificación, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, de ciertas restricciones al ejercicio de la acusación particular entre los militares que se encuentran subordinados entre sí.

... Finalmente cabe señalar que la preservación de la disciplina militar se veía más comprometida en el supuesto estudiado en la reciente STC 115/2001, de 10 de mayo, lo que no impidió a este Tribunal otorgar el amparo a un militar a quien se había negado la posibilidad de constituirse en parte de una causa penal seguida contra varios superiores. En aquel caso se acordó plantear la cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con los arts. 127 y 108 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, y de la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización militar, respectivamente. Con mayor motivo hemos de afirmar ahora que el mantenimiento de la disciplina en los ejércitos, si es que padece por la interposición de un recurso contencioso-administrativo ordinario contra una sanción leve, no puede erigirse en motivo constitucionalmente admisible para cerrar toda posibilidad de impugnación, por motivos de legalidad ordinaria, de una sanción impuesta por falta leve.

... Resta por añadir que, según ha quedado expuesto, las decisiones adoptadas en el caso venían determinadas por el tenor literal de los preceptos legales de aplicación, por lo cual la vulneración del derecho fundamental en las resoluciones judiciales impugnadas encuentra su origen en la no adecuación de aquéllos al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la exigencia de sumisión a control judicial de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106 CE) y a la necesidad de adecuación de las especialidades de la jurisdicción militar a los principios constitucionales (art. 117.5 CE). Por ello resulta procedente, en aplicación de lo prevenido en el art. 55.2 LOTC, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 468, apartado b) y del art. 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso «por falta grave».

### III. FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD

QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Luis Antonio Martínez Plaza y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado por las resoluciones judiciales recurridas el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecer al recurrente en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos del Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña de 8 de abril y 10 de junio de 1999, así como la de la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del Auto de 8 de abril de 1999 para que se resuelva sobre la admisibilidad del recurso contencioso-disciplinario ordinario deducido por el demandante en términos respetuosos con el derecho fundamental que se declara vulnerado.

3.º Elevar al Pleno del Tribunal cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 468, apartado b), y 453.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, procesal militar, en el inciso "por falta grave", al apreciar que entra en contradicción con lo establecido en los arts. 24.1 106 y 117.5 de la Constitución.

#### IV. COMENTARIOS

El criterio del Tribunal Constitucional es absolutamente claro: la sanción por falta leve disciplinaria militar debe estar sometida a revisión jurisdiccional también por motivos de legalidad ordinaria, y no solo por infracción de derechos fundamentales y libertades públicas. La tutela judicial efectiva abarca el derecho al acceso al contencioso disciplinario militar, sin excluir la materia de falta leve.

No es menos cierto que el régimen garantista de la LOPM y de la LORDFAS, permite un doble recurso de alzada, como en el supuesto considerado por el T.C. en la presente Sentencia (dos días en domicilio por inadecuado corte de pelo).

La doctrina especializada al respecto ha venido manteniendo cuatro posturas, al menos, diferentes al respecto:

a) Partidarios de la legislación vigente, desde casi veinte años, que excluye el recurso jurisdiccional por falta leve, en razón precisamente a la levedad de la sanción (incluso dos días de arresto en domicilio), y mantenimiento de la disciplina.

b) Quienes por la levedad consideran que intereses de la disciplina deben excluir del recurso en todo caso, incluso alegando infracción de derechos fundamentales.

c) Los partidarios de asimilar la vía de recurso a los existentes en la jurisdicción penal (faltas y delitos menos graves, Juez y Audiencia Provincial), sin ulterior recurso de casación, radicando la tutela judicial en el Juez Togado y en la apelación al Tribunal Militar Territorial.

d) Sin duda, los habría de la presumible consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad; recurso ante el Tribunal Militar Territorial y ulterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Militar).

La consecuencia directa de la inconstitucionalidad de la prohibición de recurso ordinario contra sanción por falta leve militar, implicaría, en mi opinión, a mantener idénticos recursos que los existentes por falta grave, con la competencia del Tribunal Militar Territorial y de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con un problema añadido al también hoy subyacente: inexistencia del derecho a una doble instancia, si solo cabe recurso de casación y no de apelación ante el órgano judicial supremo.

La solución para la debida ejecución de la previsible declaración de inconstitucionalidad, que obviaría la cuestión de doble instancia, sería la reforma legislativa que en mi opinión constituye la opción c), precedentemente consignada.

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

José Manuel Blanque Avilés  
*Abogado del Estado-Jefe*  
*Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

Laureano Tomás Zafrilla  
*Comandante Auditor*  
*Subdirección General de Recursos e Información Administrativa*

### I. ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

— Funcionarios.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (recurso de casación 1074/01): anulación de la sentencia dictada por la Sección 6.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000; análisis de los arts. 24 y 120.3 de la CE, 359 y 372.3 de la LEC (redacción previa a la Ley 1/00), 43.1) y 2) de la LJCA (1956) y 95.1.1 de la Ley 10/92, de 30 de abril; vulneración por la sentencia recurrida de los arts. 96.2, 103 y 134 de la CE y 32 a 34 de la Ley 7/90; determinación del alcance y contenido del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 16 de septiembre de 1994.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Séptima) del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 (recurso 739/96): análisis de los arts. 66.2, 103 y 134 de la CE y 32 a 34 de la Ley 7/90; determinación del alcance y contenido del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 16 de septiembre de 1994.

Siendo ambas esencialmente coincidentes, se transcriben Fundamentos de Derecho de la última de ellas.

«Sexto.—Todo convenio o pacto debe someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley y, especialmente, en las normas de mayor rango jerárquico, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional en SSTC núms. 58/85, 177/88, 171/89, 210/90 y 92/94 y la Sala de lo Social de este Tribunal, en sentencias de 9 de julio de 1991, 24 de febrero de 1992, 8 de junio de 1995, 18 de enero de 2000 y 3 de julio de 2000.

Del análisis jurisprudencial se extraen importantes criterios de aplicación en la cuestión debatida:

a) Se destaca el alcance y valor normativo del convenio, previsto en el artículo 37.1 de la CE, que consagra el derecho a la negociación colectiva.

b) A partir de la Ley de Presupuestos, como reconoce la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000, al resolver el recurso de casación para unificación de doctrina n.º 4982/98, no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el Convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el Convenio no sea de aplicación.

c) Se subraya la sujeción jerárquica del convenio a la ley, que se conecta en última instancia con el artículo 9.3 de la Constitución, pues existe una primacía de la norma legal respecto de la norma de origen convencional en materia de Derecho necesario.

Por otra parte, el artículo 17 de la Ley 12/96, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 (B.O.E. de 31 de diciembre de 1996) dispone en el apartado segundo que, con efectos de 1 de enero de 1997, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar variación con respecto a las del año 1996, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación, tanto por lo que respecta a los efectivos del personal como a la antigüedad del mismo, subrayando dicho precepto que los Acuerdos, Convenios o Pactos que impliquen crecimiento retributivo deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al artículo. En el apartado quinto se califica dicho precepto por su carácter básico y se dicta al amparo de los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución.

Séptimo.—... En todo caso, la cuestión de la reserva de ley ha sido examinada en múltiples sentencias:

a) El Tribunal Constitucional (sentencia n.º 83/84, que sienta la doctrina general que se reiterará en las posteriores sentencias 99/87 y 178/89) reconoce que la legislación básica tiene que ver con la fijación de límites

a las retribuciones complementarias a través de los Presupuestos Generales del Estado, siendo de aplicación el artículo 149.1.18 de la Constitución y, así, la sentencia n.º 63/86 del Tribunal Constitucional, después reiterada por este Tribunal, fundamenta en los artículos 149.1.13 y 149.1.18, la posibilidad de que se establezcan límites máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos y esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se reitera después en las sentencias constitucionales 96/90, 220/92, 62/2001 y 24/2002, impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas que se opongan al tope o límite máximo fijado por la Ley estatal de Presupuestos Generales del Estado.

b) También el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de mayo de 1992, considera la exclusión del sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos por su sometimiento a las condiciones de empleo determinadas legal y reglamentariamente, superado por la Ley 9/87, de forma que la rigidez y uniformidad inherente al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando a su libre albedrío de forma que pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación.

Este criterio se contiene en otras sentencias de esta Sala:

— La sentencia de 22 de octubre de 1993, reconoce que el marco de la contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de auto-organización del órgano administrativo correspondiente y las características indicadas de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario, emanado de la legislación básica del Estado, no permite que sea identificable con esa plataforma de mínimos.

— La sentencia de 10 de febrero de 1997, recuerda la doctrina anterior y se apoya en la de 30 de octubre de 1995, llegando a la conclusión que parece claro, a tenor del artículo 6.4 del Código Civil, que se persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, cual es la regulación por Convenio de relaciones de empleo de los funcionarios públicos más allá de los límites queridos y establecidos por el legislador.

— Las sentencias de esta misma Sala y Sección de 18 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000 y 20 de febrero y 11 de abril de 2001 reconocen la prevalencia de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas opuestas al límite máximo fijado por dichas Leyes, en materia de incremento retributivo de los funcionarios públicos.

Octavo.—Los razonamientos precedentes nos llevan a fijar las siguientes conclusiones:

a) No se ha vulnerado el bloque de constitucionalidad que pudiera derivar del artículo 28.1 de la CE sobre el contenido constitucional de la libertad sindical, dado que el artículo 6.3.c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical configura a la negociación colectiva en la función pública como una alternativa junto a la posibilidad de consulta y, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la posición de los Sindicatos debe limitarse a reclamar su participación en las mesas de negociación, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en un plano de actuación del órgano de creación legal y no propiamente inciden en el contenido esencial de la libertad sindical (SSTS de 30 de junio de 1995, 1 de febrero de 1995, 3 de noviembre de 1994 y 4 de octubre de 1994).

b) En el caso examinado, no existió una exclusión unilateral de la negociación sobre la materia relativa al incremento retributivo en la negociación de 1996, sino un desacuerdo sobre la materia entre las partes negociadoras y, porque no existió el acuerdo sobre el eventual incremento de las retribuciones, correspondía al Gobierno, en los términos del artículo 3.2.b) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, como dispone el artículo 37.2 de la Ley 9/1987.

c) Existió un esfuerzo para alcanzar un acuerdo (art. 7 del Convenio OIT n.º 151) y se negoció reconociendo el papel central que el constitucionalismo del Estado social otorga a los Sindicatos y a los mecanismos de participación en la fijación de las condiciones del empleo público.

d) Desde la perspectiva constitucional, la intervención del Estado, como titular de la competencia exclusiva que le concierne para sentar las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13 de la Constitución), ha de considerar la vocación planificadora de los Presupuestos Generales del Estado, que entraña la fijación de un programa económico anual de la Hacienda Pública, dentro del cual las retribuciones del personal conforman uno de los componentes con mayor peso específico en el gasto público y en la política económica general, de forma que todo el límite retributivo en cuestión refleja la opción a favor de la competencia estatal sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Noveno.—Son también razones que determinan la ausencia de la vulneración aducida por los Sindicatos intervinientes las siguientes:

1.<sup>a</sup>) La existencia, en aquel momento, de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público.

2.ª) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias n.º 27/81 (Fundamento Jurídico segundo), 76/92 (F.J. cuarto), 171/96 (F.J. segundo), 62/2001, de 1 de marzo, y 24/2002, de 31 de enero, al establecer una doctrina constitucional contida en las sentencias 63/86, 96/90, 237/92 y 1037/97, señalando los siguientes criterios de aplicación jurisprudencial:

a) El establecimiento por parte de las Leyes de Presupuestos de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los funcionarios públicos encuentra su justificación en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13 de la Constitución y en el principio de coordinación que opera como límite de autonomía de las Comunidades Autónomas en el artículo 156 de la Constitución.

c) La fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público, vinculada y encaminada a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario, de forma que, al adoptar esta decisión, la Ley de Presupuestos opera en el ámbito de la dirección y orientación de la política general que corresponde al Gobierno.

Décimo.—Aparece así claramente consagrada la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora, a tenor del artículo 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica, desdoblada de la genérica potestad legislativa, amparada en el artículo 66.2 de la Constitución, el articulado de la ley que los aprueba integra un todo cuyo contenido adquiere fuerza de ley.

.../...

Undécimo.—Aún en la hipótesis de que el Gobierno estuviese obligado a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos para 1997 el incremento de las retribuciones de los funcionarios, conforme al IPC previsto para el año 1997, concurrían los siguientes aspectos:

a) La Ley de Presupuestos es una verdadera Ley y el artículo 66.2 de la Constitución no tiene otro alcance que el recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada en la genérica potestad legislativa del Estado.

b) La cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos (artículo 24.2 de la Ley 30/1984).

c) Como consecuencia y siempre en la hipótesis en que nos hemos situado, el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo, como se desprende de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987.

.../...

Decimoquinto.—En suma, en el caso examinado, existe una clara justificación de la limitación a la autonomía negociadora por el papel real que juega el presupuesto como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio director de la política general que justifica, al amparo del artículo 40.1 de la Constitución, las posibles limitaciones a la autonomía negociadora colectiva en la función pública que, en este caso, vienen condicionadas por los siguientes principios que no han resultado vulnerados por la actuación del Gobierno en la Mesa negociadora de 19 de septiembre de 1996:

a) El principio de legalidad, establecido en el artículo 103.1 de la Constitución, que implica la obligación por parte de la Administración de actuar siempre con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, observando los límites que afectan a la actividad de los órganos con facultades negociadoras.

b) El principio de competencia exigido en el artículo 12 de la Ley 30/92 sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta que se trata de una materia sobre la que el órgano actuante ha de respetar la propuesta, pero la potestad de decisión se somete al principio de reserva de Ley.

c) El principio de jerarquía normativa, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución y que desarrolla el artículo 51 de la Ley 30/92, de forma que los órganos de la Administración, en el adecuado uso de su competencia, no pueden concluir pactos o acuerdos capaces de vulnerar disposiciones de rango superior.

d) El principio de reserva de ley y reserva presupuestaria, de forma que la ley es el límite mínimo y máximo de la negociación y en la función pública se puede negociar, pero teniendo en cuenta el artículo 103.3 de la Constitución que remite a la ley la regulación del Estatuto de los Funcionarios Públicos, respetando la titularidad de la potestad legislativa que, de conformidad con el artículo 66.2 de la Constitución, corresponde a las Cortes Generales.»

## II. MINISTERIO DE DEFENSA.

### A) DISPOSICIONES GENERALES

1. Real Decreto 1943/00, de 1 de diciembre, por el que se declara zona de interés para la Defensa Nacional el campo de entrenamiento de las Fuerzas Armadas en las Bárdenas Reales (Navarra).

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2002 (recurso 64/01). Fundamento de Derecho Tercero:

«Añade, sin embargo, la Comunidad actora en este proceso particular un nuevo argumento en pro de la nulidad del R.D. combatido: la existencia del proyecto de nuevo concierto entre la Comunidad de las Bârdenas Reales de Navarra y el Ministerio de Defensa, por el que se conviene que se continúe destinando al uso militar la superficie de 2.222 hectáreas actualmente destinadas a Campo de Tiro y Entrenamiento hasta el 31 de diciembre de 2008. A lo así expuesto se añadía la seguridad de que dicho concierto sería definitiva y satisfactoriamente aprobado, por lo que ninguna necesidad habría de mantener vigentes las disposiciones del R.D. objeto de controversia, que se convertirían en innecesarias e ineficaces.

Tampoco esta nueva alegación puede ser acogida. Opone con acierto el Abogado del Estado que la posible feliz conclusión del acuerdo en proyecto no tacha de ilegal e improcedente el R.D. que declaraba a la zona de interés para la Defensa Nacional. Y es que en la súplica de la demanda se está postulando la invalidez de la norma por ser contraria a Derecho, tema este que es lo que constituye el objeto del procedimiento y cuya solución no puede resultar alterada por un eventual acuerdo posterior que pretenda clarificar definitivamente el destino de la zona controvertida. La cuestión que ahora se debate no es otra que la validez o nulidad del R.D. 1943/2000 con arreglo a la normativa jurídica vigente, siendo deber del Tribunal pronunciarse sobre ella haciendo abstracción de las ulteriores vicisitudes de la relación entre los órganos administrativos en conflicto, y de la más o menos probable conclusión de un acuerdo satisfactorio con respecto al destino definitivo del polígono de tiro.

Resultando rechazados las razones alegadas a favor de la nulidad, la presente demanda ha de ser también desestimada».

2. Orden Ministerial 198/00, de 6 de julio, de adscripción concreta de los militares de carrera del Ejército de Tierra a su correspondiente especialidad fundamental.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2001 (recurso 130/01).

«Segundo. La cuestión de autos queda circunscrita a una mera cuestión fáctica, en orden a determinar si la solicitud del interesado de adscripción a Especialidad Fundamental fue o no realizada en plazo.

Esta Sala ha llegado al criterio de estimar acreditado que la instancia formulada por el interesado de adscripción a la Especialidad Fundamental de Infantería Ligera fue cursada por el mismo en el plazo normativamente marcado.

Consta en el expediente administrativo que por el Teniente Coronel Jefe de su Unidad se remite oficio con referencia S-1, número 026/00, con fecha 1 de diciembre de 1999, en el que se expresa que se remiten las solicitudes de adscripción a especialidad fundamental del personal de la BPAC que al dorso se relacionan, entre las cuales se incluye la designación del recurrente; la discordancia que ostenta la fecha de la misma 4 de enero de 2000, tiene su justificación a juicio de este Tribunal en la mera subsanación de la ausencia de firma y fecha que fue rellenada por el propio interesado, a petición de sus Mandos, y esta conclusión se obtiene, por el dato escrito aportado con la demanda, en la comunicación por la que se ordena a los Jefes de las UCO la cumplimentación de oficio del modelo de solicitud de adscripción del personal a su orden que no lo hayan cursado pero en este caso estas solicitudes «no serán firmadas por los interesados».

Por tanto, el hecho de estar firmada la instancia de autos por el recurrente, supone e implica que la misma fue remitida al Jefe de su Unidad en fecha anterior al 1 de diciembre de 1999, en la que se hace constar la remisión al Grupo Logístico, pues, en caso de haber sido efectuada fuera de plazo, habría sido rellenada por su Jefe de Unidad y no constaría su firma, y el hecho de su recepción el día 13 de enero, implica una irregularidad en la actuación de la Administración Militar, pero no supone como pretende esta misma, que la solicitud del interesado se efectuara fuera de plazo.

En consecuencia efectuada la adscripción a Especialidad Fundamental del recurrente, bajo la premisa normativa contemplada en el punto Noveno, apartado 2 de la Orden Ministerial 250/99, por la que se determina la adscripción de los militares de carrera a su Especialidad Fundamental, es decir, en el supuesto de los militares de carrera que no presenten la solicitud de adscripción en plazo, procede anular la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho, y en su consecuencia se proceda por la Administración militar a efectuar su adscripción, conforme al punto 1 del artículo 9 de la precitada Orden Ministerial 250/99, es decir, teniendo en cuenta su solicitud de petición de adscripción a la Especialidad Fundamental de Infantería Ligera.

Por el actor se suplica se declare su adscripción a la Especialidad Fundamental de Infantería Ligera, petición que esa Sala no puede aceptar, limitándose exclusivamente, a anular el acto administrativo al no ser conforme a Derecho y a ordenar a la Administración que efectúe dicha adscripción teniendo en cuenta, los datos fácticos no valorados y que han determinado la incorrección jurídica del mismo, su solicitud voluntaria en plazo de optar por dicha Especialidad, ya que este Tribunal desconoce todos los distintos parámetros, aparte de la solicitud voluntaria, que han de valorarse para su realización.»

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2002 (recurso 1099/00).

«Segundo.—La Orden 198/2000, de 6 de julio, culmina el proceso de adscripción a una especialidad fundamental de los militares de carrera del Ejército de Tierra de las Escalas del Cuerpo General de las Armas y del Cuerpo de Ingeniero Politécnicos, que arranca de las previsiones contenidas en la Ley 17/1989, de 19 de julio.

Lo cierto es que examinada con detalle la demanda, ninguna de las alegaciones que se hacen considera que la Orden 198/2000, de 6 de julio, realice una indebida adscripción por aplicación incorrecta o se haya apartado de lo establecido en la Orden 250/1999, de 29 de octubre, que reguló el procedimiento para la adscripción, o en el Reglamento de Especialidades fundamentales, aprobado por el Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero, que desarrolló lo establecido en la Ley 17/1989, de 19 de julio. Cabe suponer por tanto que la referida Orden 198/2000, ha sido dictada de conformidad con las normas anteriores, a cuyas determinaciones se ha ajustado.

Es más, de la demanda se deduce que no se discute tanto la enumeración de especialidades establecidas, sino los efectos que ello produce.

Pero los efectos resultan precisamente de la necesaria adscripción a alguna de las Especialidades Fundamentales enumeradas en el Reglamento de Especialidades, sin que las alegaciones del actor desvirtúen la conformidad a Derecho de la Orden directamente impugnada como de las normas de que trae causa.»

3. Orden Ministerial 342/00, de 16 de noviembre, de adscripción a Especialidad Fundamental de los militares de carrera del Ejército de Tierra pertenecientes a las diferentes Escalas del Cuerpo de Especialistas.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2002 (recurso 127/01). Fundamento de Derecho Primero:

«Segundo.—La Orden 342/2000, de 16 de noviembre, culmina el proceso de adscripción a una especialidad fundamental de los militares de carrera del Ejército de Tierra de las Escalas del Cuerpo de Especialistas, que arranca de las previsiones contenidas en la Ley 17/1989, de 19 de julio y disposiciones de desarrollo que se han citado.

Lo cierto es que examinada con detalle la demanda, ninguna de las alegaciones que se hacen considera que la Orden 342/2000, de 16 de noviembre, realice una indebida adscripción por aplicación incorrecta o se haya apartado de lo establecido en la Orden 250/1999, de 29 de octubre, que reguló el procedimiento para la adscripción, o en el Reglamento de Especialidades fundamentales, aprobado por el Real Decreto 288/1997, de 28

de febrero, que desarrolló lo establecido en la Ley 17/1989, de 19 de julio. Cabe suponer por tanto que la referida Orden 342/2000, ha sido dictada de conformidad con las normas anteriores, a cuyas determinaciones se ha ajustado.

No obstante, lo que parece discutir la parte demandante no es tanto la enumeración de especialidades establecidas para cada Escala como los efectos que ello produce.

Pero los efectos resultan precisamente de la necesaria adscripción de los integrantes de esa Escala a alguna de las Especialidades Fundamentales enumeradas en el Reglamento de Especialidades, sin que las alegaciones de la parte actora desvirtúen la conformidad a Derecho de la Orden directamente impugnada como de las normas de que trae causa.

En efecto:

a) El Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Especialidades fundamentales, se dicta al amparo de lo dispuesto en la Ley 17/1989, de 19 de julio, que en su artículo 12 se limitaba a establecer unas directrices generales respecto de las especialidades, diferenciando entre las fundamentales, que *«facultan para el ejercicio profesional en un determinado campo de actividad»* (artículo 12.1), y las complementarias, que *«facultan para desempeñar actividades concretas o para alcanzar un mayor grado de especialización»* (artículo 12.2), remitiendo como se ha dicho al desarrollo reglamentario en cuanto a *«la definición de las especialidades, los Cuerpos y Escalas desde los que se puede acceder a las mismas, los requisitos y condiciones exigidos para su obtención y ejercicio, la compatibilidad entre especialidades y los empleos o categorías militares en los que se pueden adquirir o mantener, así como los distintivos de las especialidades»* (artículo 12.3), que es precisamente de lo que se ocupa aquel Real Decreto.

Nótese que aunque la Ley 17/1989, de 19 de julio, no impide expresamente la posesión de más de una especialidad fundamental, sí se deduce de la finalidad que las asigna, en cuanto *«facultan para el ejercicio profesional en un determinado campo de actividad»*. De ahí que el Reglamento no vulnere la norma habilitante cuando establece la posesión por los militares de carrera de *«una»* especialidad fundamental, siendo *«incompatible»* con la posesión de otra (artículo 7.1 y 2).

Por otra parte, el que las especialidades fundamentales no sean coincidentes en las Escalas de un mismo Cuerpo tampoco contradice precepto alguno de rango superior ya que la diferenciación entre las Escalas se hace teniendo en cuenta tanto el grado educativo exigido para el ingreso en ellas como las facultades profesionales asignadas (artículo 11.1 de la Ley

17/1989, de 19 de julio, y, análogamente, artículo 6 del Reglamento), lo que a su vez toma en consideración el «*distinto grado de preparación recibida*» delimitando el nivel de responsabilidad de sus integrantes (artículo 6 del Reglamento). De ahí que sea admisible que se realicen enumeraciones distintas de las Especialidades Fundamentales correspondientes a cada Escala en los términos ya advertidos. Es más, de la propia Ley que sirve de cobertura al Reglamento se deduce la conformidad a Derecho de esa diferenciación puesto que el artículo 12.1 refiere la existencia de especialidades a «*cada Escala*», no a cada «*Cuerpo*», lo que justifica plenamente que pueda o no existir coincidencia en las especialidades de las Escalas de un mismo Cuerpo sin que por eso sólo una opinión u otra vulnere el principio de legalidad o de igualdad.

La diferenciación tampoco perjudica la Carrera militar de aquellos a quienes afecta ni contradice las normas que directa o indirectamente inciden en ella, dado que, por una parte, la Carrera militar se conecta con la trayectoria profesional a seguir, definida principalmente por el ascenso a los sucesivos empleos, aunque también influya la especialidad asignada. Lo que se hace es precisar esa carrera militar, diferenciándola respecto de otros que tienen distinta formación, funciones y responsabilidad. Por otro lado, la diferenciación supone también la distribución de efectivos y, consiguientemente, su disminución cuantitativa con lo que posibilidades proyectadas sobre distintos aspectos de la carrera militar que en principio pudieran parecer que son menores, se compensan por otras vías.

b) Si bien la Ley 17/1989, de 19 de julio, reserva la enseñanza militar de formación para la obtención de especialidades fundamentales, siendo la enseñanza militar de perfeccionamiento la que habilita las especialidades complementarias, tal y como correlativamente establece también el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades fundamentales de los Militares de Carrera, no puede desconocerse que no es sino hasta la aprobación de este Reglamento cuando alcanzan efectividad las prevenciones legales relativas a esas especialidades fundamentales tanto en cuanto a su definición, requisitos y condiciones.

Esto trae consigo que no puedan aplicarse con carácter retroactivo unas normas a supuestos inexistentes antes de su entrada en vigor que deben enjuiciarse atendiendo a otro sistema o definición. En tal sentido lo único que la Ley hacía en la Disposición transitoria sexta, era, hasta que no se produjera el desarrollo reglamentario, considerar especialidades fundamentales las que se correspondían, en su caso, con las denominaciones de las Escalas de procedencia determinadas en la Disposición adicional sexta.

c) Desde otra perspectiva, de la mano del Tribunal Constitucional debe igualmente destacarse que *«es indudable que en el campo de la relación funcional, el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto»* y es que *«el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando»* bien que *«en atención a razones y justificadas circunstancias, porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional»* (sentencias 99/1987, de 11 de junio, 129/1987, de 16 de julio, o 70/1988, de 19 de abril).

Por más que *«es de esencia de la relación estatutaria la posibilidad de modificación legislativa de la misma»* (sentencias del Tribunal Constitucional 129/1987, de 16 de julio, 178/1989, de 2 de noviembre, etc.). Así cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado que *«el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el «status» del personal que presta sus servicios en las Administraciones Públicas»* (sentencias 7/1984, 99/1984, 148/1986 o 57/1990, de 29 de marzo, entre otras), debiendo tenerse presente la existencia de *«un margen de actuación suficientemente amplio a la hora de concretar organizativamente esos «status»*. Ello queda puesto de manifiesto en especial cuando se trata de resolver situaciones particulares que precisen, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación o actualización de regímenes» (Autos 1268/1987 y 1053/1988, entre otros, sentencia 57/1990, de 29 de marzo).

Lo que tiene una especial proyección en el ámbito que ahora nos ocupa, en el que debe igualmente reconocerse el legítimo ejercicio por la Administración de la potestad de autoorganización atendiendo a la misión que constitucionalmente tienen encomendadas las Fuerzas Armadas (artículo 8 de la Constitución).

En cuanto al principio de irretroactividad, recuérdese que *«la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo. Por eso se ha dicho que la doctrina -y la práctica- de la irretroactividad sólo es*

*aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo» (sentencia 99/1987, de 11 de junio, citada), precisando que «una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas» (sentencia 42/1986, de 10 de abril). Lo que en modo alguno sucede en el supuesto de autos en el que lo que se hace es adoptar a la nueva situación creada por la Ley 17/1989, de 19 de julio, y a los objetivos que persigue, el régimen de especialidades fundamentales, atendiendo a los presupuestos y situaciones existentes.*

d) Todo ello hace que deba rechazarse que se haya vulnerado principio constitucional o precepto legal alguno con la definición de especialidades hecha en el Reglamento de referencia y la enunciación que se hace para las Escalas del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, así como con el posterior procedimiento de asignación y la adscripción concreta a cada uno de sus integrantes.»

A) Viviendas: 1. Régimen legal; 2) Reformas y reparaciones. B) ISFAS. C) Personal: 1. Retribuciones: a) en general; b) complemento específico; c) complemento de dedicación especial. 2. Trienios. D) Otros.

## **A. Viviendas**

### *1. Régimen legal*

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 125 de 4 de marzo de 2002 (recurso 14/00).

«Quinto.—Así la sentencia de 25 de abril de 1995 (RJ 1995/3069), recordando la doctrina contenida en las numerosas sentencias anteriores, hace notar... que...la materia regulada en el Real Decreto impugnado no incide en la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en las Leyes de Viviendas de Protección Especial... porque tanto el Reglamento de 31 de octubre de 1975, art. 57, como el art. 55 del Reglamento de 29 de octubre de 1970, y el 13 de marzo de 1973, art. 7, configuran las cesiones en uso de las viviendas militares como arrendamientos especiales, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de conformidad también con lo dispuesto en el art. 2.3 de la Ley arrendaticia urbana que excluye de su régimen aplicativo las viviendas que los empleados y funcionarios tuvieren asignadas por razón del servicio prestado o en razón del

mismo... La misma conclusión se infiere respecto de las viviendas de protección oficial, pues, si bien tales patronatos han podido beneficiarse de dicho régimen en la construcción de viviendas para la aplicación de sus fines específicos, ello no implica alteración de las relaciones jurídicas entre esos organismos y los beneficiarios de casas militares ya que la Disposición Adicional del Real Decreto 16131/1980, de 18 de julio, sobre adjudicación de viviendas de protección oficial cuya titularidad corresponda a Organismos Autónomos o al Estado, excluye del ámbito de su aplicación a las destinadas a personal militar y el Real Decreto 3148/1878, de 10 de noviembre, en sus arts. 12, 49 y 53, sobre construcción, financiación, uso, conservación y aprovechamiento de viviendas de protección oficial, preceptúa que los Patronatos de Casas Militares, afectos al Ministerio de Defensa, se regirán en cuanto a su régimen legal y fijación de rentas por su legislación peculiar, conforme a las normas orgánicas de los propios Patronatos. La misma sentencia añade, en el Fundamento tercero, que la exclusión del ámbito de aplicación, tanto de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como de la normativa propia de las viviendas de protección oficial, de las denominadas viviendas militares y de las cesiones de su uso, determina la absoluta falta de fundamento de la pretensión deducida...»

## 2. Reformas y reparaciones

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 1072 de 3 de diciembre de 2001 (recurso 1404/97). Fundamento de Derecho Segundo, en el que, tras transcribir el texto del art. 30 del Real Decreto 1751/1990, de 20 de diciembre, se afirma que:

« El cambio de una puerta normal por una puerta blindada, consideramos, al igual que la Administración, que no puede entenderse como una reparación necesaria del punto 2, ni tampoco puede incluirse entre las referidas a la conservación de elementos comunes del punto 3, ni los de conservación y mejora de inmuebles del punto 4. Por el contrario, se trata más bien de una mejora en las viviendas pero no imprescindible o claramente necesaria para la habitabilidad de las viviendas, como podría ocurrir, por ejemplo, con la calefacción.

Dicha mejora fue adoptada para las viviendas que fueron adjudicadas a partir de septiembre de 1995, siendo así que el recurrente formalizó el contrato de su vivienda en mayo de ese año, antes por tanto de ser introducida esa mejora. No cabe dar efecto retroactivo a la medida puesto que

se trata de una decisión unilateral de la Administración, que no altera las condiciones de habitabilidad en que se entregó al recurrente la vivienda y, por tanto, no ostenta ningún derecho a que esta mejora haya de ser abonada por el Ministerio de Defensa.»

## **B. ISFAS**

### *1. Reintegro de gastos*

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 7 de diciembre de 2001 (recurso 3658/97).

«SEGUNDO.—Pero llegados a este punto por parte de ASISA se alega, en segundo lugar, que el actor pudo, al trasladar a su hija a Cádiz, acudir a alguno de los dos centros concertados, y admitiendo que en principio ello es cierto, no lo es menos que en modo alguno alega la entidad demandada, y muchos menos prueba, que en la ciudad de Cádiz y en los centros concertados que cita, existiera un servicio de neurología de urgencia, como sin duda existía en el hospital Universitario y como sin duda debía ser atendida la menor a la vista de la sintomatología que presentaba.

Admitido pues la inexistencia de neurólogo en Ceuta, la situación de urgencia vital de la menor, que aconsejaba que fuera atendida con carácter urgente por un neurólogo, como se acredita por la documentación que obra en el expediente, y entre ella, cobra especial importancia la que se refiere al tratamiento y evolución de la menor en la ciudad de Ceuta, donde se acuerda, ante los síntomas que la menor presentaba, se le practicara un Tac craneal urgente, ya que se podía tratar de una meningitis, y la no existencia de servicio de neurología de urgencia en las clínicas concertadas en la ciudad de Cádiz, o al menos no probado tal extremo, concurren todos los requisitos para atender a la petición del actor de reintegro de los gastos ocasionados por la atención prestada a su hija en el Hospital Universitario de Cádiz, conforme solicita en su demanda.»

### *2. Pensión de inutilidad*

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 4 de febrero de 2002 (recurso n.º 267/2001).

«Tercero.—Así pues, en aplicación de la misma normativa citada por la Administración, ha de entenderse que no ha caducado su derecho. En efecto, la evolución en su estado hace que no pueda considerarse transcurrido el plazo de cinco años que el artículo 59 del Real Decreto establece para el reconocimiento del derecho. Y es que el momento que ha de tomarse en consideración para el inicio del cómputo de esos cinco años no puede ser, de forma automática, el del atentado, año 1979, ni el de la primera declaración de incapacidad, 1994. Si ocurre, como así ha sido, que el estado de salud empeora, es claro que mientras no se puedan determinar con toda precisión —dentro de lo que la ciencia médica permite— las secuelas dejadas por el atentado, no podrá estimarse que se inicia el plazo de cinco años pues el hecho causante de la prestación ciertamente ocurrió antes de los cinco años, pero las consecuencias de aquel hecho se han ido extendiendo en el tiempo de forma que sería injusto privar de la pensión a quién por consecuencia del hecho original causante de la misma se ha visto después, en el mismo proceso patológico, privado de otras funciones vitales o víctima de un mayor estado de incapacidad y postración. En definitiva pues, hemos de considerar que el hecho causante de la prestación no se produce cronológicamente el día del atentado o del reconocimiento inicial de la pensión. Cuando el estado de salud, derivado del hecho inicial generador de la pensión, evolucione negativamente, debe estimarse que el plazo para reclamar sigue abierto y el transcurso de cinco años sólo empezará a contar cuando puedan establecerse con carácter definitivo las secuelas padecidas.

La lectura de los informes médicos de 1994 y de 2000 despeja toda duda sobre la evolución que ha seguido el actor, siempre por consecuencia del atentado que sufrió en tan lejana fecha ya».

## **C. Personal**

### *1. Retribuciones*

a) General. Resolución 141/1999, de 24 de mayo, por la que se dictan instrucciones en relación con la cuantía de las retribuciones para el ejercicio de 1999.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 1143 de 19 de diciembre de 2001 (recurso 1276/99).

«QUINTO.—En el estudio del contenido de las disposiciones de la Ley afectadas, según el actor, de discriminación, esta Sala considera razo-

nable y justificada la diferencia de trato que la Ley 17/99 otorga a los militares que se encuentran en situación de reserva según cual haya sido el motivo por el que se pasó a dicha situación, es decir, según hayan pasado de forma forzosa por alcanzar la edad legalmente fijada o por pasar procediendo de reserva transitoria a la que los militares accedieron voluntariamente y que, además, la nueva Ley 17/99 suprime en su disposición transitoria undécima, apartado primero. No sólo se está ante situaciones jurídicas subjetivas distintas -con ello ya no es posible hablar de desigualdad, pues, para poder hablar de trato discriminatorio, se exige estar ante situaciones idénticas- sino que, además, está justificada y no es arbitraria la diferencia de trato que el legislador, en su opción legislativa, ha querido otorgar a dichas situaciones diferentes, pues si la Ley 17/99 suprime la reserva transitoria es razonable que a los militares que están en dicha situación no se les modifique la edad exigible para pasar a reserva fijada por la nueva normativa, sino que se les mantenga la establecida por la Ley 17/89 que sí mantenía vigente la situación de reserva transitoria...»

b) Grupos de clasificación a efectos retributivos.

— Sentencia n.º 126 de 9 de mayo de 2001 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo Número Uno en el recurso 24/01 (confirmada en apelación).

«QUINTO.—Habida cuenta de lo recogido en el art. 120 de la Ley 13/96, anteriormente citada, y que literalmente consta en el Fundamento de Derecho 3.º, hay que decir que dicho precepto no es óbice a que el recurrente hubiera que clasificarle en el Grupo D ya que era este Grupo y no el E el que le correspondía cuando, habiendo accedido al Cuerpo de Mecánicos Conductores, se produjo la equiparación del título de Estudios Primarios con el de Graduado Escolar, equiparación que se produjo antes de que entrara en vigor de la Ley 13/96.

Ello debería conducir a la estimación del recurso. Ahora bien, teniendo en cuenta, asimismo, que la resolución recurrida también se basa en que el causante causó jubilación en 01.05.91 y como quiera que ello es así, extremo éste no puesto en duda ni discutido por la hoy recurrente, resulta que los efectos económicos no se pueden retrotraer, como pretende, a la fecha de ingreso, sino que la retroactividad ha de ser de cinco años, como alega el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, al haberse producido la prescripción y en aplicación del art. 46 de la Ley General Presupuestaria, lo que en el caso de autos resulta que, habiendo presentado su viuda y hoy demandante la solicitud en la vía administrativa el día 01.03.00 (folio 1 del expediente Administrativo), los efectos económicos deben producirse desde el día 01.03.95, fecha ésta en que ya se

encontraba jubilado el causante, y lo deberían ser hasta el 01.01.97, ya que la Administración demandada ha ido adecuando a partir de dicha fecha las retribuciones por tales conceptos, por lo que los efectos económicos que, en definitiva, pretende la recurrente en cuanto a su pensión de viudedad no pueden tener efectividad y, consecuentemente, su recurso debe desestimarse.»

c) Complemento de destino y específico.

— Sentencia de 17 de diciembre de 2001 del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 de Madrid. Procedimiento Abreviado 157/2001.

«Segundo.—En recientes sentencias dictadas por este Juzgado respecto a casos similares al presente se decía que la regulación de las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT) llevada a cabo por el art. 15 de la Ley 30/84 otorga a la Administración la potestad de organizar sus medios personales de cara a una mejor satisfacción del interés público, lo que implica, dado que puede crear, modificar o sustituir los puestos de trabajo, así como fijar los complementos de destino o el específico a través de aquellas, que esa potestad se extienda también al sistema retributivo de los funcionarios. En este sentido es clara la STC de 13-7-98/156/98) cuando afirma que: *«De ahí que este Tribunal haya venido afirmando que las Administraciones Públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio (SSTC 57/1990, 293/1993 y 9/1995)»*. Ello, lógicamente, no significa que la atribución de esos complementos retributivos (destino y específico) se pueda efectuar de forma arbitraria, sino que se han de establecer teniendo en cuenta estrictamente las características y funciones del puesto en cuestión, por lo que es posible que diversos puestos de trabajo con complementos diferentes sean desempeñados por funcionarios del mismo grupo, o que puestos de características o funciones aparentemente similares tengan atribuidos complementos que generen retribuciones desiguales, dado que se tiene en cuenta el real volumen de trabajo, su complejidad, o su especial responsabilidad. Es decir, esa autonomía de la que gozan las Administraciones Públicas no les sustrae en absoluto a su sometimiento en todo momento a la Ley, tal como exige el art. 106.1 de la CE, y especialmente a los principios que se contienen en dicha y primera norma fundamental, entre ellos el principio de igualdad alegado por los recurrentes.....

Tercero.—Como muy bien apuntaba el Abogado del Estado, en su contestación a la demanda, en el presente caso los recurrentes ni tan siquiera han probado que en su momento hubieran impugnado la correspondiente

Relación de Puestos de Trabajo. Tampoco concretan los concretos puestos de trabajo con los que pretenden compararse, indicando sus características, funciones, etc., dato fundamental para resolver si los supuestos de comparación son estrictamente iguales; ni aportan, por lo tanto, elemento de prueba que acredite esa desigualdad alegada. De todo ello se concluye con meridiana claridad que la actora no ha probado con los medios de prueba a su alcance la certeza de ese imprescindible requisito de su pretensión de trato desigual e irrazonable por parte de la Administración recurrida, por lo que la resolución recurrida desestimando su petición es plenamente adecuada a Derecho.»

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia n.º 8 de 18 de enero de 2002 (recurso 728/00).

«Tercero.—Los certificados aportados en vía administrativa por los interesados y el resultado de las pruebas practicadas acreditan sobradamente que los reclamantes desempeñan idénticas funciones que las realizadas por los funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo con los que se comparan, por lo que la diferente percepción de complementos de destino supone una vulneración del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, sin que se adviertan razones que justifiquen la diferencia de trato (la Administración no ha esgrimido ningún tipo de justificación, ni ha formulado en el trámite de conclusiones alegaciones en relación a la prueba practicada).

Procede, pues, que la demandada asigne a los puestos de trabajo ocupados por los recurrentes el nivel 17 de complemento de destino (comprendido en el intervalo de niveles correspondiente al Grupo D en que está clasificado el Cuerpo de Oficiales de Arsenales —artículo 71.1 del Reglamento aprobado por R.D. 364/1995, de 10 de marzo—).

Cuarto.—Y en cuanto al otro complemento reclamado, procede que se reconozca a los recurrentes el complemento específico correspondiente, esto es, un complemento específico anual de 319.104 pesetas, con efectos de 15 de marzo de 2000, fecha de las solicitudes.

Hay que puntualizar que la Administración se ha limitado a negar que los actores hayan probado su alegada identidad de funciones desempeñadas, por lo que la consecuencia no puede ser otra que el total éxito de las pretensiones deducidas, pues tanto en vía administrativa como en esta fase procesal la demandada no ha formulado reparos en cuanto a la concreta cifra antes citada ante la eventualidad de una sentencia que considerara acreditada la identidad de cometidos o funciones proclamada por los recurrentes.»

d) Complemento específico.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 27 de noviembre de 2001 (recurso 812/98).

«TERCERO.—Entendiendo el demandante que el descenso experimentado en el complemento específico únicamente era aplicable durante el año 1996 (a diferencia del personal en reserva y segunda actividad para el que el art. 5 del citado Real Decreto-Ley 12/95 utiliza la expresión «en el presente ejercicio presupuestario y en los sucesivos»), vuelve a solicitar en sede jurisdiccional le sea reconocido el importe antes indicado de 459.888 ptas. por diferencias retributivas en concepto de complemento específico.

Siendo este planteamiento impugnatorio similar al resuelto, desestimándolo, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1999 (Aranzadi 1999\3738) con motivo de la impugnación del Real Decreto 1844/1996, al texto de la misma nos remitimos, al igual que lo hicimos en nuestra sentencia dictada el 1 de diciembre de 2000 en el recurso 1008/1997, dándolo aquí por reproducido. Añadiendo además, con el Abogado del Estado, en razón a la singularidad del caso que ahora nos ocupa, dos cosas: a) que la diferencia terminológica empleada por el párrafo tercero del repetido art. 5 del Real Decreto-Ley en la autorización conferida al Gobierno para fijar la cuantía de las retribuciones complementarias del personal en activo afectado por la reclasificación (que no precisa durante qué tiempo), respecto de la misma autorización atinente al personal en reserva y en segunda actividad «en el presente ejercicio presupuestario y en los sucesivos», responde a la circunstancia de que para este personal se impone el límite en el descenso del complemento específico del 65% respecto al fijado con anterioridad a la reclasificación, por lo que la adaptación no podría llevarse a cabo en un sólo ejercicio, mientras que la compensación del incremento en el sueldo derivado del ascenso al Grupo C con la disminución del complemento de destino para el personal en activo, sí podía hacerse de una sola vez en el ejercicio 1996; y b) que la reclasificación, respetando el montante de los haberes que venía percibiendo el recurrente, le ha supuesto importantes ventajas en caso de jubilación o de inutilidad para el servicio.»

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 1232 de 14 de noviembre de 2001 (recurso 1753/98). F.D. Segundo:

«SEGUNDO.—Hay que reiterar, en fin, que la reducción de las retribuciones complementarias arranca del art. 5 del Real Decreto-Ley 12/95 y fue consecuencia del aumento de sueldo base en razón de la reclasificación del empleo del actor, con percusión en la fijación de haberes regula-

dores para la determinación de los haberes pasivos, reclasificación que llevaba aparejada, por expreso designio del Legislador, la inmodificabilidad del cómputo anual de las retribuciones totales del personal afectado por ella. Y la cuantía de las retribuciones complementarias, así fijadas para 1996, permanece inalterable, también por expreso designio del Legislador, durante 1997 y 1998.»

e) Complemento de dedicación especial.

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de octubre de 2001 (recurso 244/99).

«TERCERO.—La invocación del principio de igualdad como único argumento de la pretensión ejercitada obliga a que sea el propio recurrente el que acredite cumplidamente las condiciones para pensar que ha existido un trato injustificadamente discriminatorio por parte de la Administración respecto del actor. Lo que desde luego no resulta suficiente es decir que funcionarios de su misma Escala y funciones perciben el complemento de dedicación especial para que sólo con ello se entienda el actor acreedor al mismo. Si el complemento retribuye el especial rendimiento o actividad en un puesto de trabajo, es necesario probar que quien ocupa un puesto de trabajo esencialmente igual al del recurrente percibe el citado complemento, desarrollando, además, idéntica actividad que el reclamante y en el presente proceso todo ello está absolutamente huérfano de prueba alguna, razón por la cual difícilmente puede hablarse de violación del principio de igualdad cuando no hay referente con el que establecer comparación alguna.»

## 2. *Trienios*

1.º Reconocimiento del tiempo de servicios previos a efectos de trienios. Sentencia de 21 de diciembre de 2001 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (rec. 133/99).

«SEGUNDO.—.... El problema que aquí subyace se reconduce, en definitiva, a determinar si los servicios prestados a la Administración por el funcionario que se encuentra en situación de excedencia voluntaria en su Cuerpo de procedencia deben o no computarse a los efectos previstos en la citada Ley 70/78, de 26 de diciembre.

Tal cuestión ha sido ya resuelta por esta misma Sala en diversos pronunciamientos que abordan similares supuestos al ahora analizado y cuyos razonamientos, plenamente trasladables al caso que nos ocupa, son los que a continuación se exponen.

Así, la normativa transcrita no establece por lo tanto, limitación alguna al reconocimiento de servicios en los supuestos en los que, como el presente, se presten servicios en otro Cuerpo por quienes ostentan ya la condición de funcionarios de carrera y se encuentran en situación de excedencia en su Cuerpo de origen, por cuanto ello supondría una clara e injustificada discriminación respecto de aquellos otros que no tuvieran la condición de funcionarios de carrera, y sobre los que no pesaría ninguna limitación.

De este modo lo reflejan, entre otras, las Sentencias de esta misma Sala recaídas en los recursos 336/90 y 667/90, al advertir que, de prosperar el criterio mantenido por la Administración, la condición de funcionario de carrera pasaría a ser un demérito; y sin que frente a esta conclusión pueda oponerse que el tiempo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria no es computable a efectos de trienios ni clases pasivas, ya que lo que ahora se reconoce a tales efectos no es el período por el cual se prolongó la excedencia, sino los servicios efectivos prestados (en otro Cuerpo) cuando el funcionario se encontraba excedente.

2.º Cómputo de tiempo pasado en la Academia a efectos de trienios. Sentencia de 19 de diciembre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia (rec.209/99).

«SEGUNDO.—Es doctrina jurisprudencial reiterada (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1996, principalmente) que no constituye servicios efectivos para el cómputo de trienios el tiempo de alumnado en Centros o Academias de Formación Militar, pues el interesado no está unido a la Administración por una relación de servicios sino por una relación de formación, de tal manera que no es el interesado el que efectúa una prestación a la Administración, sino que, a la inversa, es ésta quien proporciona a aquel una preparación necesaria para obtener ulteriormente la condición de militar, por lo que mal puede hablarse de una retribución como compensación a unos servicios prestados por el alumno en cuanto tal.

Por la misma naturaleza de dicha situación, no deben confundirse la superación de las pruebas de selección para el acceso a la función pública —a que se refiere el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto—, superación que supone la incorporación a la función pública mediante el oportuno nombramiento, con la superación de pruebas de acceso a un Centro o Academia Militar, que únicamente da derecho a incorporarse al Centro de que se trate, en la condición de alumno para seguir el correspondiente régimen de acceso a la función militar, que sólo se produce una vez superado tal régimen específico de selección, pero en modo alguno supone la constitución desde aquel momento de una relación de servicios con la Administración.

TERCERO.—La cuestión ha sido zanjada tras la sentencia dictada por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999 decidiendo recurso de casación en interés de Ley, en la que se fija como doctrina legal que a efectos del cómputo de trienios no se puede equiparar con el período de prácticas de los funcionarios a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, el período de formación cursado por un alumno en centros militares de formación sin haber sido nombrado Alférez Alumno, Guardiamarina o Sargento Alumno. Razona esta sentencia que, de acuerdo con los artículos 1.1 de la Ley 70/78, de 26 de diciembre, sobre Reconocimiento de Servicios Previos en la Administración Pública, y R.D. 1461/1982, existe una diferencia esencial entre el funcionario en prácticas y el alumno de un Centro Docente militar que cursa en el mismo un período de formación, sin nombramiento para un empleo militar ya que el funcionario en prácticas no sólo ha superado las pruebas selectivas correspondientes, sino que éstas han determinado su nombramiento como funcionario. Así lo exige el transcrito párrafo segundo del artículo 1.1 del Real Decreto 1461/1982, cuando requiere que el período de prácticas se preste «habiéndose expedido el adecuado nombramiento»; por su parte, el alumno que sigue un curso o período de formación en los Centros Docentes militares, aunque haya superado las pruebas selectivas para ingresar en dichos Centros, no ha obtenido un nombramiento como funcionario. Sigue un curso de estudios, no realiza unas prácticas como funcionario. Por tanto dicho período de formación no puede constituir el período de prácticas a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 70/1978. Faltando esta premisa resulta evidente que el repetido período de formación no puede constituir el período de prácticas a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 70/1978. Faltando esta premisa resulta evidente que el repetido período de formación no es computable a efectos de trienios. Añade dicha sentencia TS que el criterio expresado en el anterior Fundamento de Derecho ha sido confirmado por el Real Decreto 2/1994, de 14 de enero, por el que se modifica parcialmente el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre. El artículo único. 6 del Real Decreto 2/1994 da nueva redacción a la disposición adicional cuarta del Reglamento General de Retribuciones, prescribiendo el apartado 2 que los alumnos de los Centros militares de formación no percibirán trienios, y añadiendo que, no obstante, al ingresar en la Escala correspondiente como militares de carrera, les servirá de cómputo, a efectos de trienios, el tiempo transcurrido a partir de la fecha en que son nombrados Alférez Alumno, Guardiamarina o Sargento Alumno, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 100.8 de la Ley 17/1989 (que no incide en la cuestión examinada).

Por tanto, puede concluirse que el tiempo dedicado a la formación militar como clase de tropa, debe equipararse al estudio y preparación que realizan otros ciudadanos para poder ingresar en alguno de los Cuerpos de la función pública, por lo que el tiempo dedicado en dichas Academias a la preparación no puede equivaler al periodo del funcionario en prácticas, ya tiene ganada la condición de funcionario, en tanto que el estudiante de Academia Militar, como clase de tropa, todavía no tiene la condición de militar profesional.

3.º Reclasificación de trienios. Sentencia de 13 de diciembre de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, con sede en Sevilla (rec. 1401/98).

«PRIMERO.—Conforme al R.D. 359/89, desde su vigencia los Subtenientes se encuentran integrados dentro del Grupo B. Según su art. 3.3 «el trienio se percibirá en función de la antigüedad, devengándose uno por cada tres años de servicios efectivos... y se percibirán en una cuantía para cada grupo de empleo, igual para la fijada para los grupos de clasificación en los que se ordena los Cuerpos y Escalas de funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, con las equivalencias señaladas en el apartado anterior de este artículo».

Además la Ley 4/90 de Presupuestos Generales del Estado, estableció en su art. 23 que los trienios de los Subtenientes de las FFAA son de proporcionalidad B y se percibirán en la cuantía que fija para ese año. No hacía distinción en cuanto a las fechas de percepción, porque evidente se estaba refiriendo a todos los perfeccionados en aquel empleo.

SEGUNDO.—Cierto que antes de 1989, los empleos militares estaban clasificados en grupos A, B, C. Y que a cada grupo se asignaba un nivel de proporcionalidad que determinaba la cuantía en que se percibía cada trienio; pero no obstante ello, a partir de 1 de enero de ese año, en que se inicia el nuevo sistema retributivo, según la Disposición Final 7.ª del citado Real Decreto, se unifica el concepto de grupo y cuantía.

De ahí que no sea posible hacer distinciones en los trienios perfeccionados en el empleo de Subteniente, como pretende la Administración, para asignar a los anteriores a 1 de enero de 1989, las cuantías de nivel de proporcionalidad que a la sazón tenía.

## **D) Otros**

1.º Cosa juzgada (principio de seguridad jurídica). Sentencia de 31 de octubre de 2001 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (recurso 1171/00).

«PRIMERO.—Puede suceder que un acto administrativo haya agotado la vía administrativa y sea impugnado en la vía jurisdiccional, dando lugar a un pronunciamiento judicial, planteándose, en su caso, la cuestión de la procedencia de la interposición de un recurso de revisión ya que, en principio, cabría al amparo de la norma reguladora del procedimiento administrativo contra el acto firme dictado por la Administración, pero también podría interponerse a tenor de la norma reguladora del procedimiento contencioso-administrativo con respecto a la sentencia firme que hubiere pronunciado el órgano judicial.

En estos supuestos en los que los órganos judiciales han examinado la conformidad a Derecho de la actuación administrativa debe considerarse que el recurso de revisión procedente es el regulado en la Ley Jurisdiccional, sin que proceda el recurso de revisión de que trata la Ley procedimental administrativa.

Ello es así porque lo contrario supondría, como acertadamente se advierte en el informe que sirve de fundamento a la resolución administrativa ahora impugnada, que a través de un pronunciamiento de la Administración, bien que en virtud de un recurso extraordinario, se afectaría un pronunciamiento judicial pudiéndose llegar a desvirtuar el efecto de cosa juzgada.

Tal es también la solución mantenida por la Jurisprudencia, al considerar que teniendo el recurso administrativo de revisión una réplica en el de igual nombre que ahora se regula en el artículo 102 de la citada Ley Jurisdiccional, es a través de este último y no de aquél como debe plantearse la revisión de «aquellos actos o disposiciones administrativas cuya conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico haya sido declarada por sentencia firme en la vía contencioso-administrativa» (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1973, que confirma la doctrina de las de 25 de octubre de 1960, 12 de mayo de 1961 y 12 de febrero de 1971).»

2.º Indemnización de Residencia Eventual. Sentencia de 22 de noviembre de 2001 de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (rec. 2174/96).

«TERCERO.—Ciertamente los pasaportes expedidos con fecha 10 de julio de 1995 tenían plena validez de acuerdo con las Instrucciones entonces vigentes, aun cuando comenzaron a producir sus efectos aquéllas ya habían sido modificadas. Es evidente que constituyen actos declarativos de Derecho y que la Administración para dejarlos sin efectos debió acudir al procedimiento establecido en los arts. 102 y ss. de la L.J.C.A., pero como no lo hizo no puede negar la indemnización que en ellos reconocía. Tal

indemnización procede ahora, por lo tanto declararse en los mismos términos que lo hacían los pasaportes de los recurrentes. Como consecuencia de ello el mayor porcentaje que solicita no puede ser cogido ya que dentro del límite máximo del 80% que se señala en el art. 13 del R.D. 236/88, la Autoridad concedente puede válidamente señalar el porcentaje que estime oportuno tendiendo a la previsión de gastos realizables. Téngase en cuenta en todo caso que la IRE tiene por finalidad satisfacer los gastos que origina la estancia fuera de la residencia oficial y desde esta consideración fundamental es lo cierto que en el recurso no existe dato alguno que permita estimar como insuficiente el porcentaje asignado. No existe tampoco un derecho previo a un determinado porcentaje, ni se infringe el principio de igualdad porque en las convocatorias de curso a que se refiere la demanda se establezcan porcentajes superiores, ya que no existe relación de igualdad con el supuesto del recurso a los efectos de considerarlos términos de comparación necesarios para deducir que en este caso se incurrió en vulneración del art. 14 de la Constitución.

CUARTO.—Por cuanto antecede resulta procedente estimar parcialmente el recurso interpuesto declarando el derecho del recurrente a percibir la Indemnización de Residencia Eventual —IRE— en el porcentaje (35% dieta) y durante el tiempo (316 días) señalados en el pasaporte que establecieron las comisiones de servicios concedidas al recurrente; sin que haya lugar al reconocimiento del pago de intereses teniendo en cuenta que es preciso la previa liquidación del derecho reconocido.

3.º Solicitud de asistencia letrada. Sentencia de 30 de noviembre de 2001 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia, (rec. 238/00).

«SEGUNDO.—El art. 118 de la Ley 30/92, establece que contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las cuatro circunstancias que enumera taxativamente; el recurrente fundamentó su recurso en el art. 118.1. 1.ª (error de hecho que resulta de los propios documentos incorporados al expediente) y 118.1. 2.ª (que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida).

Sin embargo, en vía judicial no alude en absoluto a los motivos de la revisión.

Centrándonos en los motivos alegados en vía administrativa, respecto del primero de ellos sostiene el actor que se incurre en error de hecho al no tener en cuenta ni contestar a todos los Fundamentos de Derecho especifi-

cados en el recurso de alzada de fecha 22 de abril de 1999, y en concreto, al considerar no justificada con ocasión del servicio, la actuación del recurrente. Pues bien, en este punto la Sala muestra su conformidad con el informe de la Asesoría Jurídica, ya que no nos encontramos ante un error de hecho; si no se contestan todos los argumentos, se podrá recurrir en vía contencioso-administrativa la resolución, posibilidad que se le ofreció al recurrente y que no utilizó; además, tampoco se desprende el expediente que se haya padecido error al considerar que la querrela que se le dirigió en las Diligencias Previas, no estaba relacionada con sus cometidos como militar, sino que, ha de entenderse admitido por la Administración el hecho de que si se vio involucrado en ese procedimiento, lo fue por su destino en la Jefatura Industrial del Arsenal, y así se demuestra con el hecho de que, tal extremo no aparezca rebatido ni en la primera resolución ni en la de alzada.

TERCERO.—En vía administrativo alegó, en relación con el art. 118.2, que no se había tenido en consideración el Certificado del Secretario del Juzgado de Cartagena, que evidencia el error sufrido al dictar la resolución impugnada. En este punto hay que decir que dicho documento es una aclaración del Auto de archivo parcial de 20 de noviembre de 1998, recaído en las Diligencias Previas, siendo conocido dicho Auto por la Administración en anterior fase procedimental, que es tenido en cuenta repetidamente en el informe de la Asesoría Jurídica General y en la resolución del Asesor Jurídico del Cuartel General de la Armada que denegó la petición del Sr. Fabregat en primera instancia, por lo que tal documento sí se tuvo en cuenta. Por lo expuesto, el recurso se desestima.

CUARTO.—Como ya hemos dicho en vía contencioso-administrativa no alude para nada a los motivos de la revisión, sino que se centra en el fondo de las resoluciones inicialmente impugnadas, que debieron, en su caso, ser objeto del correspondiente recurso contencioso-administrativo, cosa que no se hizo, para luego interponer recurso de revisión, y frente a él el presente contencioso-administrativo, pero en el que no se alude a nada que tenga que ver con la revisión, sino que parece el iniciar recurso que se debió interponer. Esto denota, al parecer de esta Sala, una temeridad y mala fe en el recurrente que le hace merecedor de la imposición de las costas, de conformidad con el art. 139 de la L.J.C.A.

4.º Ascenso Honorífico. Causas excepcionales y competencia del Ministerio. Sentencia de 7 de febrero de 2002 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec.194/01).

«SEGUNDO.—El ascenso honorífico al empleo inmediato superior, está contemplado en el artículo 16 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en cuanto establece:

*«1. En atención a méritos excepcionales o circunstancias especiales, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, podrá conceder, con carácter honorífico, al guardia civil que haya pasado a retiro el empleo inmediato superior. Los empleos con carácter honorífico también podrán concederse a título póstumo.*

*2. La iniciativa para la concesión de empleos con carácter honorífico corresponderá al Director General de la Guardia Civil, que elevará las propuestas al Ministro de Defensa, con el informe del Consejo Superior de la Guardia Civil, motivando los méritos y circunstancias que las justifican.*

*3. En ningún caso los empleos concedidos con carácter honorífico llevarán consigo beneficio económico de naturaleza alguna ni serán considerados a efectos de derechos pasivos».*

De la dicción del precepto legal aparece que dos son los requisitos para la tramitación de las peticiones de ascensos honoríficos, por un lado, la concurrencia de «méritos excepcionales o circunstancias especiales», y, de orden procedimental, que la propuesta al Ministro de Defensa sea efectuada a iniciativa del Director General de la Guardia Civil, con informe del Consejo Superior de la Guardia Civil, motivando los méritos y circunstancias que justifican el ascenso.

Requisito de orden procedimental que no concurre en el supuesto de autos, en el que el informe de la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, que integra la Resolución expresamente establece: «... sin desmerecer la dilatada carrera del interesado, en la que no faltan meritorios servicios a la Nación, los mismos carecen del requisito de la excepcionalidad que exige el artículo citado, y por ello, a juicio del Asesor jurídico, no le corresponde el ascenso solicitado», por lo que se deniega la iniciativa de propuesta por la Autoridad administrativa a quien corresponde.

Además, el recurso debe ser desestimado, por cuanto la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa queda circunscrita a la determinación de la concurrencia de los elementos reglados del acto administrativo que es calificado de discrecional, adjetivo atribuible al de autos, en cuanto implica la concesión de derechos al interesado que no dimanen de situación jurídica determinada alguna, sino del libre y ponderado arbitrio de la Autoridad administrativa competente en la valoración de la concurrencia de méritos excepcionales o circunstancias especiales, quien, ha expresado las razones de la denegación, ante la ausencia de méritos excepcionales.

5.º Baja en el C.E.S.I.D. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2002 (rec. 102/01).

«TERCERO.—Lo que hasta ahora se ha expuesto permite afirmar la conformidad a Derecho de la baja acordada en la resolución administrativa recurrida en cuanto están acreditados los presupuestos establecidos en la norma jurídica aplicable para dar lugar a dicha consecuencia.

A ello no obstan las alegaciones que en contra realiza el demandante por cuanto:

a) La idoneidad es una característica que debe valorarse de forma continuada, atendiendo a una pluralidad de factores, no sólo personales del interesado y de la autoridad competente sino también en relación con el servicio que se presta o se va a prestar y aún con las cambiantes necesidades del Centro o Unidad donde esta prestación se efectúa. De ahí que aunque se haya podido ser idóneo durante un tiempo más o menos prolongado, se pueda luego no serlo.

En tal sentido, en el oficio remisorio del expediente administrativo se expone que la resolución recurrida es consecuencia del previo análisis y valoración *«de las circunstancias concurrentes en el interesado, y que aborda aspectos tales como su competencia, rendimiento, personalidad y actuación profesional, sin olvidar los informes personales»*.

b) En relación con la motivación de la resolución impugnada debe señalarse que no hay que confundir su ausencia con la motivación sucinta. Y es que en nuestro caso se conoce que la baja se acuerda por falta de idoneidad, sin que sea exigible una mayor precisión.

En efecto, como ya se advirtió en sentencia de la Sección Tercera de esta misma Sala de 22 de febrero de 1996 —recurso 903/93—, citada, no cabe hablar de ausencia de motivación cuando el acto impugnado se expresa la razón que, de acuerdo con la normativa específica, justifica la baja. Aparte de que, invocada como vicio formal, la insuficiente motivación sólo determinaría la nulidad del acto si le impidiera alcanzar su fin o produjera indefensión, y sin que sea exigible, por su propia naturaleza subjetiva, la expresión de las concretas circunstancias motivadoras de la pérdida de la idoneidad que, como cuando se procedió al nombramiento, responde a una valoración subjetiva del titular del órgano competente, lo que excluye la indefensión material del interesado.

En este mismo sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 1991 ya mantuvo que *«si el nombramiento no hubo que motivarlo precisamente porque era discrecional y fue suficiente la referencia a las normas que le autorizaron»*, lo mismo debe bastar para el cese, lo que es aplicable incluso con la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Es más, el propio Tribunal Supremo en sentencias de 10 y 11 de enero de 1997, ha mantenido con respecto a puestos de designación discrecional que, de la mano de la potestad organizativa de la Administración, no se tiene que invocar en estos casos otra motivación que los preceptos legales que conceden la facultad para acordar el nombramiento, lo que entiende la Sección que es también aplicable al supuesto de autos en que lo acordado es la baja, y especialmente atendiendo a las peculiaridades del Centro Superior de Información de la Defensa. De ahí que esté justificada la exclusión del requisito formal de hacer una exposición de motivos en virtud de los cuales se acredite, en nuestro caso, la falta de idoneidad, que, además, incide en un aspecto subjetivo que se encuadra en una discrecionalidad que no es controlable jurisdiccionalmente.

Y es que, como ya ha expuesto esta misma Sección en ocasiones precedentes, la consideración de no idóneo del demandante no supone su particular descalificación sino que es la constatación de que a partir de ese momento la Autoridad competente considera que no concurren las circunstancias subjetivas suficientes para depositar en dicha persona su confianza para la prestación de servicios tal y como hasta entonces se venía realizando, siendo ello motivación suficiente para acordar la baja dado que, como se ha apuntado, la idoneidad y la confianza exigible pueden variar por cambio de los fines públicos que se persiguen o cambio de las personas que ejerzan la Autoridad llamada a verificar tal nombramiento (además de las citadas sentencias de 31 de marzo —986/96— o 22 de abril -recurso 1099/96- de 1999).

c) El apartado 6 del artículo 48 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece la exclusión del expediente administrativo, mediante resolución motivada, de los documentos clasificados como secreto oficial.

Tal ha sucedido en el expediente correspondiente a este recurso contencioso-administrativo y a ello se circunscriben el mayor número de alegaciones realizadas por el demandante.

La exclusión del expediente administrativo de los documentos clasificados como secretos oficiales constituye una excepción al principio general de publicidad de la actuación administrativa y encuentra su amparo en el art. 105 b) de la Constitución, que considera la seguridad y defensa del Estado como un límite legítimo frente al derecho de acceso a los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, y en el mismo Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, que prevé la posibilidad de limitar por Ley el ejercicio de algunos derechos y libertades fundamentales para preservar y

garantizar la seguridad nacional, defensa del orden y la seguridad pública. Aunque consecuencia de ello sea que la excepción, en cuanto tal, deba ser objeto de una interpretación restrictiva.

Partiendo de ello resulta, por un lado, que el artículo 48.6 de la Ley Jurisdiccional parte del presupuesto de la previa calificación, lo que también es discutido por el demandante. A este respecto debemos tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, de Secretos Oficiales, cuyo artículo 4 atribuye la competencia para la calificación al Consejo de Ministros. Ahora bien, es la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, que establece el Estatuto del Personal del Centro Superior de Información de la Defensa, el que otorga la clasificación de secreto a las materias contenidas en concretos preceptos de dicho Estatuto tales como las «valoraciones» del artículo 15, así como «*en general, con carácter genérico, a todas aquellas de cuyo conocimiento por personas no facultadas se derive información sobre los recursos humanos del Centro*». Lo que, teniendo presentes las especiales características del Centro Superior de Información de la Defensa -estimar que estamos, como afirma el actor, ante la mera «*baja de un Suboficial en un Organismo Ministerial*» supondría desconocer esas características-, trae consigo que la consideración de que están clasificados secretos por aplicación de lo acordado por el Consejo de Ministros —Disposición Adicional segunda referida— los documentos enumerados en el índice obrante en el expediente administrativo, en cuanto referidos a la falta de idoneidad del demandante y su consiguiente baja, fue correcta, sin que, finalmente, se pueda confundir la competencia para realizar la clasificación con la competencia para acordar la exclusión del expediente administrativo precisamente en base a tal clasificación, y mediante resolución motivada, que es a lo que se refiere el precepto jurisdiccional citado.

Por otro lado, y partiendo de la distinción entre la clasificación de un documento como secreto y su no inclusión en el expediente administrativo remitido al órgano jurisdiccional, hay que tener en cuenta igualmente que la no incorporación de un documento al expediente administrativo y, por tanto, al procedimiento, no trae consigo, necesariamente, cual parece considerar el actor, que se haya vulnerado los derechos fundamentales que proclama el artículo 24 de la Constitución, en particular, el derecho de defensa. En efecto, el artículo 24 de la Constitución no consagra un derecho ilimitado a utilizar todos los medios de prueba, sino que garantiza los «*pertinentes*», y la pertinencia de la prueba queda íntimamente conectada con la indefensión que la no incorporación de los documentos pueden

implicar. Además, la utilización de los medios de prueba pertinentes puede quedar limitada por la existencia de otros bienes jurídicos que deben ser protegidos, como ocurre en el supuesto de autos.

6.º Ascenso a Suboficial. Sentencia de 24 de enero de 2002 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 321/99).

«SEGUNDO.—La Disposición transitoria primera de la Ley 14/1993, de 23 de diciembre, referida a las *«normas de adaptación de plantillas»*, establece en su apartado 1 que *«el Consejo de Ministros dictará las disposiciones necesarias para adoptar progresivamente los efectivos actuales de cuadros de mando a las plantillas fijadas en la presente Ley»*, añadiendo que *«en el plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor se deberán haber alcanzado las plantillas globales por Ejércitos y para el conjunto de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas»*.

De ello se deduce, en primer lugar, que la Ley 14/1993, de 23 de diciembre, establece unas plantillas máximas de forma global para las distintas categorías de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes sin previsión en cuanto a los empleos, Cuerpos y Escalas, pues esta concreción debe realizarse por el Consejo de Ministros atendiendo a los criterios que se fijan para ello. En segundo lugar, que el plazo de cinco años previsto como transitorio lo es única y exclusivamente para alcanzar las plantillas globales por Ejércitos y para los Cuerpos Comunes, también sin concreción en cuanto a empleos, Cuerpos y Escalas o, incluso, con respecto a determinadas categorías.

Lo que implica que la finalización del plazo establecido con carácter transitorio para la adaptación de plantillas lo es sólo con respecto a las plantillas globales de cada Ejército y de los Cuerpos Comunes, no en relación a las distintas categorías de ellos.

Por lo que decae el presupuesto de que parten los demandantes para fundar su pretensión, en tanto en cuanto lo que impone la norma legal transitoria es que durante el período de cinco años se adopte la plantilla global de cada Ejército y Cuerpos Comunes al *«total»* que figura para cada uno de ellos en el artículo 1 de la Ley 14/1993, de 23 de diciembre, pero no a la prevista para cada categoría en el mismo artículo. Siendo, por consiguiente, conforme con las prevenciones de la citada Ley el Real Decreto 1185/1998, de 12 de junio, por el que se establecen las plantillas de las Fuerzas Armadas por Cuerpos, Escalas y Empleos para el ciclo 1998/1999, cuya nulidad, además, en ningún caso puede declararse por esta Sala a tenor de las normas de competencia objetiva establecidas en esta Jurisdicción.

7.º Destinos. Capacidad de autoorganización en la Administración. Sentencia de 24 de enero de 2002 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 798/00).

«SEGUNDO.—Esta misma cuestión ha sido ya resuelta por la Sala con anterioridad, y más concretamente en Sentencias de fecha 18-1-2001, recurso n.º 297/00 y 29-3-2001, recurso n.º 500/00, por lo que cabe reproducir la doctrina sentada en las mismas de forma unánime y pacífica.

En efecto, la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa ha establecido con fecha 23 de agosto de 1999 que todo aquel que haya sido destinado en vacante de Suboficial de la Plantilla de Defensa, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/99 de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas de 20 de mayo de 1999, debería cesar en su destino al ascender al empleo de Subteniente, con excepción de aquellos que fueron destinados en vacante de Suboficial antes del 1 de enero de 1990 (fecha de entrada en vigor de la Ley 17/89, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional). Tal es el caso del recurrente, el cual por resolución 431/15061/92 fue destinado en vacante de Suboficial a Oviedo, vacante que pertenece a la Plantilla de Destinos del Ministerio de Defensa, como Brigada que era en aquel momento.

La norma de la DIGENPER se estableció el 23 de agosto de 1999, el demandante fue ascendido por resolución de fecha 30 de noviembre de 1999 por lo que no puede ser estimado lo solicitado.

A lo expuesto cabe añadir que, esta normativa de la DIGENPER está plenamente legitimada por la potestad de auto organización de la Administración, y máxime en un periodo de cambios como el que en la actualidad viven las Fuerzas Armadas, en el que modificando o suprimiendo viejas categorías se trata de crear un modelo de militar profesional acorde a una sociedad moderna, eficaz y eficiente.

En efecto, la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la potestad de autoorganización de la Administración, mantiene que quien ingresa al servicio de una Administración Pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente, y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo, sin que pueda exigir que la situación estatutaria queda congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso (sentencias 99/1987, de 11 de junio, 129/1987, de 16 de julio, 70/1998, de 19 de abril, o 293/1993, de 18 de octubre), disfrutando dichas Administraciones de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatuto del personal a su servicio (sentencia 57/1990).

Tales argumentos en su conjunto no pueden ser desvirtuados por la mera referencia a compañeros en los que la Administración supuestamente actuó de forma diferente, al no constar la Sala con los antecedentes o el expediente de cada uno de estos, que permitan llegar a la conclusión del recurrente de una flagrante desigualdad.

8.º Antigüedad. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2001 (rec. 132/01).

«SEGUNDO.—Teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer resulta que la resolución 562/16773/99 concede al demandante el ingreso en la Escala Auxiliar con el empleo de Teniente en virtud de lo establecido en la citada Disposición adicional octava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, en relación con la Orden 252/1999, de 2 de noviembre, sin que al respecto ninguna de sus alegaciones acredite que le ha sido aplicada indebidamente dicha norma o la que la desarrolla.

Es más, lo que pretende es la rectificación de su antigüedad empleando argumentos que para nada tiene que ver con el fundamento legal en cuya virtud se ha concedido el ingreso y consiguiente ascenso, volviendo a plantear cuestiones que ya fueron reiteradamente resueltas por esta misma Sala y Sección durante la vigencia de la Ley 17/1989, de 19 de julio.

A este último respecto, y aunque resulte innecesario dado que la resolución administrativa impugnada ha aplicado correctamente las normas jurídicas en que se funda, cabe recordar lo siguiente:

a) El Tribunal Supremo, ya desde la sentencia de 23 de junio de 1993, resolviendo un recurso de casación en interés de Ley, a la que siguieron las sentencias de 29 de septiembre, 23, 25 y 27 de noviembre de 1993, 13 y 14 de enero, 15 (3), 16 (4) y 21 (2) de marzo, 30 de abril, o 17 y 21 de noviembre de 1994, entre otras, dictadas en recursos de revisión, señaló que *«la doctrina legal correcta es la que considera que para el ascenso en la Escala Auxiliar»* al empleo de Teniente o de éste al de Capitán *«es preciso la previa existencia de vacante»*, conclusión a la que llega después de examinar la evolución legislativa sobre esta materia.

Por lo tanto, cualquier ingreso en la Escala Auxiliar, con el consiguiente ascenso al empleo de Teniente, partía del presupuesto de la previa vacante sin que procediera por el sólo hecho de haber superado el curso de aptitud.

b) Por otra parte, y como se ha dicho, a partir de la entrada en vigor de la Ley 17/1989, de 19 de julio, no podían tener lugar más accesos a la Escala Auxiliar que cuando, reuniendo las condiciones establecidas para ello, se solicitara al pasar a la situación de reserva. Por lo que no cabía ese acceso en actividad.

c) Además, el Real Decreto 242/1995, de 17 de febrero, modificó las plantillas de las Fuerzas Armadas para el ciclo 1994/1995, aprobadas por el Real Decreto 1266/1994, de 10 de junio, y aunque trae causa de la proposición no de Ley aprobada por la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados en su reunión de 29 de septiembre de 1994, no establece nuevos requisitos para el ascenso que no existieran con anterioridad.

Es decir, los requisitos para el ascenso en la Escala Auxiliar no se circunscriben sólo a la existencia de vacante, sino que son exigibles otros como haber sido evaluado para el ascenso o cumplir los tiempos de servicios efectivos, de forma que el Real Decreto 242/1995, de 17 de febrero, lo que hace es incrementar el número de vacantes para facilitar el ascenso, incidiendo en uno de dichos requisitos, pero no excusa del cumplimiento de los demás, que siguen siendo exigibles. Sin que tampoco de la citada proposición no de Ley pueda deducirse otra cosa.

d) Finalmente, y en relación con el artículo 14 de la Constitución Española, recordar que como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (Sentencias 62/1984, 64/1984, 49/1985, 52/1986, 73/1989, etc.), la igualdad lo es ante la ley y ante la aplicación de la ley, siendo un valor preeminente del ordenamiento jurídico y no implica la necesidad de que todos los españoles se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta. Ahora bien, aparte de destacar que la igualdad sólo puede operar dentro de la legalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 43/1982, 51/1985, 151/1986, etc.), no toda desigualdad de trato en la ley o en aplicación de la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnadas dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable (sentencias del mismo Tribunal 253/1988, 261/1988, 90/1989, 68/1990, etc.).

Y en el caso de autos resulta claro que la desigualdad deriva de la aplicación de unas normas, y no de otras, siendo improcedente cualquier comparación que quiera realizarse entre el demandante, en cuanto que asciende en virtud de lo establecido en la Disposición adicional octava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, y los que han ascendido al mismo empleo al amparo de normas diferentes, en circunstancias notoriamente distintas y con presupuestos que tampoco se asemejan, lo que hace también rechaza-

ble el planteamiento de cuestión inconstitucional alguna con respecto a aquella Disposición adicional.

Por más que, según el mismo Tribunal Constitucional, «*es claro que no cabe exigir igualdad de trato al legislador cuando éste establece consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta*» (sentencias 148/1996, de 25 de noviembre, y 32/2001, de 12 de febrero).

9.º Participación como Asesor Jurídico en Operaciones de Paz. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2001 (rec. 436/00).

«TERCERO.—El procedimiento para designar a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar que han actuado como Asesores Jurídicos en Misiones Internacionales, tal como consta en el escrito remitido por la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército, se ajusta a los siguientes trámites si bien no ha quedado constancia por escrito: 1) Comunicación de la misión a realizar y solicitud de designación de Oficial del Cuerpo Jurídico Militar para actuar como Asesor Jurídico en la Agrupación Táctica desplegada. 2) Propuesta por parte de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército de alguno de los Oficiales que figuran en la relación de interesados en participar en Misiones Internacionales, teniendo en cuenta, entre otros criterios, el de antigüedad (en el informe se indica que todos los Oficiales que han sido nombrados desde el año 1992 hasta enero de 2001 son de mayor empleo o tienen más antigüedad en el de Capitán que el recurrente que han actuado como Asesores Jurídicos en Misiones Internacionales). 3) Designación por parte del Subsecretario de Defensa.

Esta Sala no puede entrar a valorar el procedimiento de designación de Asesores Jurídicos en Misiones Internacionales anteriormente descrito, ya que no es el objeto del recurso que viene delimitado por el acto impugnado, no correspondiendo a esta Sala, dirigir la política de defensa en misiones internacionales, ni concretar las necesidades del servicio en relación con las comisiones de servicio en misiones de paz, ni hacer propuestas sobre la plantilla de destinos. Esta Sala es un órgano jurisdiccional, cuya exclusiva competencia es enjuiciar un acto de la Administración que se ha impugnado, que en este caso concreto es la desestimación de la solicitud del recurrente de participar como Asesor Jurídico en la próxima Agrupación que sea destinada a la antigua Yugoslavia, o en cualquier otra que se cree para futuras Operaciones de Paz.

El efecto de dicha solicitud tal como se indica en informe de la Asesoría Jurídica que sirve de fundamento a la resolución recurrida es que se tenga en cuenta su voluntariedad para participar en Misiones de Paz, pero

sin que la misma genere el derecho del recurrente para ser designado a las mismas y ello aún cuando el interesado solicite de modo categórico en su escrito ser designado.

El hecho de que la desestimación de su solicitud se haya producido 8 meses después de presentar la misma, no supone que deba operar la figura del silencio administrativo positivo, ya que su solicitud no tiene la virtualidad de iniciar un procedimiento de designación de Asesores Jurídicos en Misiones Internacionales, sino sólo que en su caso conste en la lista de interesados para participar en dichas misiones.

El procedimiento de designación, se inicia de oficio, ya que según consta en el informe remitido por la Administración, sólo se efectúa la propuesta de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército y posterior designación por el Subsecretario de Defensa, si existe una previa solicitud de designación de Oficial del Cuerpo Jurídico Militar por parte del órgano competente del Ministerio de Defensa, por lo que la solicitud del interesado, en ningún caso obliga a iniciar el mencionado procedimiento. No puede por tanto aplicarse los efectos del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, previstos en el art. 43 de la Ley 30/92, ya que no se da el presupuesto para su aplicación.

En cuanto a la alegación relativa al ejercicio indebido de la potestad discrecional de la Administración y no valoración adecuada de los méritos del recurrente hay que indicar que el hecho de que no se publicara la comisión de servicio (a diferencia de otros casos en que si se ha hecho), no genera el derecho del recurrente a ser designado como Asesor Jurídico en Misiones Internacionales, aún cuando fuera lo que pretendiera el recurrente, lo que implica que la Administración no estaba obligada a valorar sus méritos, sino sólo a incluirlo en la lista de posibles interesados al objeto de tenerlo en cuenta cuando se iniciara un futuro procedimiento de designación.»

10. Baja en la Academia de Suboficiales. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del TSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2001 (rec. 2037/98).

«SEGUNDO.—Por lo que se refiere a la infracción del procedimiento seguido para la determinación de la resolución de la baja, cabe señalar que del examen de las actuaciones obrantes en el expediente, tal procedimiento se ajustó a los trámites previstos en los artículos 38 y 41 de la Orden 43/1993: propuesta de la Dirección de la Academia a la Dirección de Enseñanza acompañada de Informe del Tribunal Médico Militar que en fecha 15.6.1998 dictaminó que el interesado padecía un «trastorno psicótico», incluido en el artículo 344.1 y que no era útil para el servicio con carácter permanente, con resolución final del Subsecretario de Defensa.

La existencia del padecimiento queda constatada por la documentación del expediente y también por la aportada al recurso, destacando el Informe del Jefe del Servicio de Psiquiatría del Hospital Militar de Zaragoza que sirvió de antecedente valorativo al Tribunal Médico Militar, y que también ha sido valorado por la Clínica Médico Forense de Madrid, cuyo informe tras examinar al recurrente señala como adecuada la baja de éste en el momento en que se produjo y afirma que la evolución del cuadro es imprevisible en el momento actual, así como que habitualmente presentan evolución en brotes con un deterioro progresivo de las estructuras más profundas de la personalidad.

El artículo 344.1 de las Normas sobre Aptitud Psicofísica le asigna un coeficiente 5 que determina la exención del servicio militar por la severidad del padecimiento, por lo que resulta razonable que constatado aquél en un alumno de una Academia Militar, debe llegarse a la conclusión de que la pérdida de las aptitudes psicofísicas exigidas para el ingreso en el Centro Docente determine la exclusión del mismo perdiendo la condición de alumno.»

11. Guardia Real. Cabo 1.º Ascenso en reserva transitoria. Sentencia de 17 de enero de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional (rec. 270/01).

«SEGUNDO.—La aplicación del marco normativo expuesto en el fundamento de derecho anterior al supuesto de autos implica que no se puedan en modo alguno compartir los argumentos jurídicos en que el demandante funda su pretensión de ascenso al empleo de Cabo primero.

En efecto:

a) El demandante pasó voluntariamente a la situación de reserva transitoria, lo que supuso la aplicación del régimen específico de ascenso previsto en dicha situación, que reconocía el derecho a un ascenso.

Habiéndose producido éste, no cabe plantear ahora otro, pues ello iría contra las normas aplicables.

b) El pase de Cabo a Cabo primero supone un ascenso, al tratarse de empleos distintos, jerárquicamente ordenados según se deduce de lo dispuesto, ahora, en el art. 10 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil. Además, el ascenso a uno u otro empleo se produce por sistemas diferentes, según recoge el art. 59 de la misma Ley.

Ya antes, la Ley 28/1994, de 18 de octubre, que completó el Régimen del Personal del Cuerpo, diferenció claramente los empleos de Cabo primero y Cabo en el art. 3 así como el ascenso a uno y otro empleo en su art. 7.

Por lo demás, de la Ley de 25 de noviembre de 1944, de creación del empleo de Cabo primero en la Guardia Civil, se infiere igualmente la dife-

renciación existente con el empleo de Cabo y cómo el pase al empleo de Cabo Primero supone un ascenso.

c) Por tanto si el recurrente pretende que se le promueva el empleo de Cabo primero desde el de Cabo que ahora ostenta, y al que accedió por aplicación de la norma sobre ascensos prevista en la situación de reserva transitoria, lo que pretende no es sino un doble ascenso obviando las normas aplicables en virtud de la opción que ejercitó.

Y es que al margen de la forma en que se podía ascender en la reserva transitoria, en dicha situación sólo cabía «*un ascenso*» y a «*un ascenso*» se ha referido siempre el legislador.

d) Precisamente el principio constitucional de legalidad es el que se vulneraría de accederse a la pretensión del demandante que olvida el régimen jurídico al que voluntariamente se sometió y las limitaciones que ello conllevaba.»

12. Cabo 1.º: consideración como Suboficial a efectos de atención social, recreativa y alojamiento. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) del TSJ de Madrid de 23 de julio de 2001 (rec 1375/98).

«TERCERO.—El empleo de Cabo primero se encuentra clasificado dentro de la categoría de Tropa y Marinería que incluye además de aquél a los empleos de Cabo y de Soldado —art.º 10.2 de la Ley 17/89— distinta de la categoría de Suboficiales, lo que mantiene con ligeras variantes en la actual Ley 17/1995.

Desde el planteamiento básico de la organización militar resulta evidente que la pretensión del recurrente, si bien puede considerarse atendible en su planteamiento teórico de la cuestión en relación con otra posible estructura organizativa de las Fuerzas Armadas, la realidad es que desde la regulación actual del empleo de Cabo primero es manifiestamente desestimable y así lo ha entendido esta Sección en anteriores ocasiones en que se han planteado recursos con pretensiones semejantes a la que examinamos ahora.

CUARTO.—... Al recurrente le es de aplicación el Real Decreto 984/92, de 31 de julio (Reglamento de Tropa y Marinería profesionales de las Fuerzas Armadas), cuya disposición Transitoria Primera facultó a quienes como ellos tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, para firmar un compromiso único hasta dicha edad, siéndoles entonces de aplicación el Real Decreto 1.385/90, sobre actuaciones administrativas. Ahora bien, en ninguna de estas reglamentaciones se establece la consideración de Suboficial a las Clases de Tropa en condiciones semejantes a las expuestas, sino tan sólo la previsión

de reserva de plazas para ingreso por promoción interna en los Centros Docentes Militares de acceso a las Escalas Básicas del Ejército correspondiente (Disposición Transitoria 3.º R.D. 984/92, como anteriormente lo reconoció el art.º 14 del R.D. 191/88, derogado por aquél).»

13. Escalafonamiento. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Quinta) de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2001 (rec. 1313/00).

«SEGUNDO.—1. Es la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley citada la que en su apartado 2, no sólo establece la aplicabilidad en el tiempo del artículo 66.5, sino que además estima procedente amparar las condiciones concretas que concurrían para el ascenso en los militares de complemento, que siendo Alféreces de las Escalas de Oficiales hayan accedido por promoción interna en los años 1999 y 2000.

El propio actor en su escrito de demanda (hecho primero) manifiesta su pertenencia a la Escala de Oficiales del Ejército del Aire a la que accedió por promoción interna procedente de suboficial (artículos 22 y 35 de la Ley 17/99).

Es por ello, que de la mera literalidad de la D.T. 4.º de la Ley 17/99 se deduce la improcedencia de la aplicabilidad al interesado y actor, con la consecuencia de estimar adecuada la resolución ministerial impugnada, pues, como bien dice, no posibilita su aplicación a otro personal que al contemplado en la misma...

3. El principio de igualdad que garantiza la Constitución en el artículo 14, opera frente a la norma con rango de ley impidiendo que pueda configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se de relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guarda relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (STC 144/1988, de 12-VII)...

A la luz de la referida doctrina constitucional, esta Sala estima la existencia de la procedente diferenciación entre la carrera y sus correspondientes ascensos, evaluaciones y escalafonamientos de los Alféreces procedentes de la Escala de Suboficiales y la de los procedentes de la de Complemento y ha sido el legislativo el que ha realizado la apreciación de una y otra situación, tanto en la regulación cara la aplicación de la nueva norma como al determinar la procedente a las transitorias, siendo por ello improcedente considerar que existe una infracción del principio constitucional de igualdad.»

14. Exclusión de guardias de orden y seguridad Ley 17/99. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 7 de Barcelona de 12 de febrero de 2001 (rec. 1299/98).

«SEGUNDO.—... la vigente Ley 17/1999, de 18 de mayo, ha introducido determinados elementos innovadores en la regulación de tal cuestión, por lo que necesariamente la doctrina antes expuesta no tiene validez en relación a la nueva regulación. De modo que el art. 29 de dicha Ley establece que: *«1. Los miembros del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, agrupados en Escala de Oficiales y Escala de Suboficiales, tiene como cometidos el mantenimiento, abastecimiento, gestión de recursos y, en su caso, manejo de sistemas de armas, equipos y demás medios materiales en el ámbito del Ejército de Tierra, así como en el de otros organismos del Ministerio de Defensa y de sus Organismos Autónomos. En el desempeño de sus cometidos podrán ejercer la función de Mando en Centros u Organismos y, en su caso, en Unidades. También les corresponden las funciones de administración y logísticas, de apoyo al Mando, técnico-facultativas y docentes relacionadas con dichos cometidos. 2. Los empleos del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra son los de Alférez a Teniente Coronel en la Escala de Oficiales y los de Sargentos a Suboficial Mayor en la Escala de Suboficiales».*

En este sentido, la controversia cometida en este proceso se refiere a un momento anterior a la entrada en vigor de la Ley pero también a la actual situación de recurrente, de modo que la doctrina anteriormente citada debe referirse únicamente a la situación normativa sometida a revisión anterior a dicha entrada en vigor, sin que puedan extenderse sus efectos a la nueva situación normativa, y por tanto, a la situación actual del recurrente.

TERCERO.—Respecto de la petición formulada de indemnización de los daños y perjuicios ... no se ha acreditado debidamente en este procedimiento ni cuales sean éstas, ni su cuantía, y lo que es esencial a los efectos de no admitir indemnización alguna el que se no se ha acreditado que dichos servicios excedieran de su jornada habitual de trabajo.

... es necesario probar no que el trabajo desarrollado sea extraordinaria o que no le correspondía desarrollarlo por razón de la materia, sino que esas horas de trabajo, propio o impropio de su puesto de trabajo, excedían de la jornada laboral legal establecida para ese cargo o empleo. En consecuencia, no existiendo acreditación alguna al respecto se considera injustificado reconocer este derecho; que, por otra parte no fue reclamado en vía administrativa previa.

— Confirmada en apelación por sentencia 88/01 del TSJ de Cataluña.

«SEGUNDO.—...De su propia redacción (art.º 26.3 de la Ley 17/99) se desprende inequívocamente que los componentes del Cuerpo de Espe-

cialistas, como cuerpo especial, tiene la capacidad profesional que le es específica según sus cometidos, y además: a) La necesaria para desempeñar los cometidos no atribuidos a un cuerpo concreto, y b) la necesaria para prestar servicios de guardias que garanticen el funcionamiento y seguridad de las Unidades, Centros y Organismos, A la posibilidad de prestación de servicio de guardias por los miembros del Cuerpo de Especialistas —según lo prevenido en este artículo— no obsta el que el empleo de la fuerza de mando corresponda como cometido específico al Cuerpo General de Armas (art.º 26.1 de la Ley), ya que el art.º 29 atribuye también a los especialistas el ejercicio de la función de Mando no sólo en el desempeño de su cometido, sino también en las de apoyo al Mando que se relacionen con él, por tanto, ha de concluirse que la capacidad profesional necesaria para prestar los servicios de guardias —además de la capacidad profesional específica— que predica el art.º 24.3, es la del ejercicio de la función de Mando —no como competencia específica que corresponde al Cuerpo General, son funcional— para el desempeño en su caso de un servicio concreto.»

15. Pérdida de la condición militar por exceso de excedencia voluntaria. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del TSJ de Galicia de 17 de octubre de 2001 (rec. 1299/98).

«TERCERO.—... la pérdida de la condición de militar en el caso del demandante no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa a consecuencia de la superación del período máximo permitido para permanecer en situación de excedencia voluntaria, estando advertido por el art. 100.6 de la Ley 17/1989 de que perdería su condición militar de carrera si antes de transcurrir el plazo máximo de permanencia en aquella situación no solicitaba el cese en la misma.

... la nueva normativa en cuestión es lógica y congruente con la nueva concepción porque las continuas bajas o excedencias harían poco rentable la enseñanza militar a la vez que la imposición de un tiempo reducido perjudicaría notablemente la planificación de la defensa militar que ha de hacerse con cierta perspectiva de futuro conociendo los efectivos con los que se cuenta.

... En todo caso, la aplicación retroactiva de la nueva legislación a quien a su entrada en vigor se encontraba en excedencia voluntaria es perfectamente legítima puesto que no existe ningún derecho subjetivo del actor que haya resultado vulnerado. No cabe invocar la doctrina de los derechos adquiridos para que se aplique una legislación que estuvo en vigor pero ya está derogada respecto al actor, pues no está de más recor-

dar que el funcionario carece de un derecho jurídicamente protegido al mantenimiento de su régimen vigente en cada momento, ostentando tan sólo la simple expectativa de que se mantengan los derechos legalmente reconocidos en la situación en que se encontraban en el momento de su ingreso ya que el status legal y reglamentario del funcionario está sometido, en cualquier momento, a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede limitar así su actuación anterior, no existiendo el derecho a ostentar siempre la misma organización estatutaria (sentencias del Tribunal Supremo de 29 de noviembre y 19 de diciembre de 1986, 23 de enero de 1990, 18 de enero y 7 de abril de 1993, y del Tribunal Constitucional 293/1993, de 18 de octubre).

... No puede olvidar el impugnante, y así lo han declarado expresamente la sentencia núm. 99/1989 del Tribunal Constitucional y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1993, que el funcionario que ingresa al servicio de la Administración Pública se coloca en una situación jurídica objetiva, modificable de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que su situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, porque ello se integra en las determinaciones lícitas del legislador, al margen de la voluntad de quien entra al servicio de la Administración, quien, al hacerlo, acepta el régimen que configura la relación estatutaria funcional.

... Tampoco se aprecia que con la nueva redacción dada al art. 100.6 por la Ley 28/1994 se vulneren los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

... En el recurso en realidad se está criticando la regulación que contiene la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 28/94, en relación con el 100.6 Ley 17/89, en cuanto, según las alegaciones del recurrente, se introduce una discriminación a favor, a quienes, estando en situación de excedencia voluntaria por interés particular, presten servicio para otras Administraciones Públicas, frente a quienes, como el recurrente, ejercen su actividad en el ámbito privado. Sin embargo, tal trato diferente tiene una clara justificación objetiva y razonable, puesto que se está hablando de una relación que afecta a la vinculación del funcionario con la Administración y constituye sin duda un argumento nacional tener en cuenta, como término de comparación para fijar el máximo de permanencia en excedencia voluntaria, el tiempo que se hubiera prestado servicio a cualquier Administración. En definitiva, se trata de impedir que se trate igual a quien la mayor parte del tiempo de trabajo lo ha dedicado al ejercicio privado de una profesión, con los consiguientes exclusivos beneficios particulares y privados, que a quien ha destinado mayor dedicación al servicio público o al desarrollo de

cometidos que implican vinculación con la Administración. Es lógico que quien prefiere el lucro privado que la dedicación al servicio de la Administración se vea peor tratado que quien elige la opción contraria, e incluso corra el riesgo de perder aquella vinculación funcional. Dentro de las diversas opciones legítimas que al legislador se le ofrecen resulta racional elegir una en la que se prime a quien prefiere seguir ligado con la Administración, pues si así no se hiciese se podría dar lugar a la deserción funcional y el trasiego a la esfera privada, sin riesgo alguno. Siendo objetivo y razonable el motivo que fundamentó el distinto tratamiento legal, no puede hablarse de discriminación contraria al principio de igualdad, por lo que ni se considera que haya existido infracción de los citados preceptos constitucionales ni se aprecia razón para plantear la cuestión de inconstitucionalidad que se interesa.»

## **3. DOCUMENTACIÓN**

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal. II. Doctrina legal del Consejo de Estado.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

La intervención administrativa en la materia de caminos y carreteras fué muy pronta; además, ha sido siempre muy intensa. Los caminos y, en especial, el de Santiago, constituyen una de las bases materiales del Derecho administrativo nacional, pues no puede olvidarse que éste, en cuanto ordenamiento que encauza la desmedida vocación del Poder por ser más vasto y más potente, encuentra sus hontanares históricos en la paz del camino.

El Derecho administrativo tiene su origen remoto en el momento en que surge un título político de intervención: la *pax publica*. Y ésta encuentra su nacimiento en los caminos; en especial, en el de Santiago. Sabido es que la Iglesia justificaba sus inmediatas potestades sobre los bienes, personas y lugares religiosos en la *pax Dei*. Su mantenimiento amparaba el ejercicio de los poderes eclesiásticos. La *pax Dei* atribuía a las autoridades eclesiásticas la conservación de la paz en los lugares sagrados, aunque pertenecieren a otros. No debe olvidarse que los juristas regios (Vid. Elías de Tejada, *Historia de la Literatura Política de las Españas*, Madrid, 1984) construyeron prontamente la noción de *pax publica* como título jurídico de

intervención del Monarca a semejanza de la *pax Dei*. Ello les permitió atribuir al Rey las facultades para juzgar los delitos cometidos en los caminos, en cuanto lugares de todos. En efecto, como se ha señalado (Villar Palasi, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1968, pág. 145), el primitivo título de intervención del poder regio es la *pax publica*, correlato del canónico *pax Dei*. El monarca, desde los tiempos visigóticos, tenían análogo poder respecto al lugar donde se encontraba: era el *bannus*. Pues bien, los Monarcas asturianos, primero, y leoneses, después, se sirvieron del concepto de *pax publica* para atribuirse las facultades de conservación del orden en un primer instante y la titularidad de los caminos ulteriormente por donde discurría la ruta jacobea. Esa concepción, limitada inicialmente al Camino de Santiago, se expandirá ulteriormente. La custodia de los caminos y su titularidad corresponderá al Rey.

Los caminos, y en especial el de Santiago, son pues germen de conceptos jurídicos. A partir de entonces, la historia se precipita y es mejor conocida. La *pax publica* cristaliza en el *dominium publicum*; ulteriormente, el Monarca se ve en la obligación de mantener el orden no sólo en los caminos sino en todo el Reino y surge la noción de *policía*. El anhelo de bienestar impulsará al gobernante a mejorar las condiciones del pueblo y para ello se invocará un nuevo título: la policía del bienestar o el *fomento*. A partir de entonces, la *obra pública* y el *servicio público* son el corolario de un técnica que, en España, hunde sus raíces en los viejos caminos.

Por otra parte, sabido es que el actual Consejo de Estado, aunque se haya declarado, incluso por la jurisprudencia, que es heredero directo de que con tal nombre constituyera el César Carlos en 1523 o 1526, entronca mejor con el Consejo de Castilla, al que sucedió en 1834, con el título de Consejo Real. Y conocido es también que al Consejo de Castilla le correspondía el cuidado y la construcción de los caminos y carreteras. En otros términos, que aquéllos y éstas son viejo tema de consideración por el Consejo.

En el siglo XIX y las tres primeras cuartas partes de la centuria actual, los temas de caminos y carreteras fueron objeto de numerosas consultas emitidas por el Consejo de Estado. En especial, durante la Dictadura de Primo de Rivera y el Régimen de Franco, pues no en balde, en dichos períodos, es cuando la construcción y mejora de vías públicas se hizo más intensa. Los temas considerados fueron variadísimos. Baste citar los dictámenes emitidos en el Real Decreto de 1 de diciembre de 1986, sobre fomento y conservación del arbolado; en el Real Decreto de 12 de abril de 1912 sobre la forma de tramitar los expedientes de permuta de parcelas para la construcción de caminos; sobre la forma de interpretar la Circular

de la Dirección General de Caminos de 13 de diciembre de 1843 que ordenaba que se descontara del haber de los peones camineros que se hicieran el vestuario de su cuenta, el valor de los botones que se les suministraban; en la Real Orden del Ministerio de Comercio, Instrucción y Obras Públicas de 25 de septiembre de 1848 en la que se prevenía que siempre que para la construcción de caminos vecinales fuere necesario ocupar parte del terreno de las cañadas o cordeles, se resarciera con otro tanto el terreno ocupado; o la Circular del Consejo Real de 15 de septiembre de 1838 incluyendo una Real Orden por la que se mandaba a los dueños de propiedades inmediatas a las carreteras reales y caminos ramales, en sitios pendientes, que no podían cortar los árboles inmediatos sin licencia de la Autoridad y, en este caso, habían de plantar tres por uno; o, en fin, otras muchas sobre construcción de caminos, sobre financiación de las vías, sobre portazgos, puentes, travesías y vigilantes de caminos. En especial, hay que destacar las consultas emitidas en el Proyecto de Ley de 24 de noviembre de 1849, de clasificación de carreteras; sobre el Decreto de 14 de septiembre de 1868, del Ministerio de Fomento, estableciendo las bases generales para la nueva legislación de obras públicas; en los Decretos de 6 de julio de 1877 y 10 de agosto de 1877 que aprobaron los Reglamentos de ejecución de la Ley General de Obras Públicas y de la Ley de Carreteras (en *Archivo Histórico Nacional, Fondo Ministerio de Obras Públicas*) o los recaídos en los expedientes de la Ley y Reglamento de Carreteras de la Isla de Cuba de 1883 o atinente al arbitrio sobre el Ron impuesto por el Capitán General de Puerto Rico con destino a la construcción de caminos en aquella isla (en *Archivo del Consejo de Estado*).

Hoy, las intervenciones del Consejo de Estado en asuntos relacionados con carreteras y caminos siguen siendo frecuentes. Pero la mayoría de ellas se derivan más de la aplicación de las cláusulas genéricas contenidas en disposiciones generales (en cuestiones de responsabilidad, de resolución y modificación de contratos, etc.) que de previsiones específicas de la legislación de caminos. Estas últimas se limitan al Real Decreto de 22 de diciembre de 1911, que aprobó el Pliego de condiciones generales para obras de caminos vecinales y que, en su artículo 97.b) prevé la consulta al Consejo en el caso de indemnización al contratista en casos de rescisión acordada por la Administración; al Decreto de 21 de mayo de 1964, reguladora de la concesión y explotación de la variante de la Carretera Nacional IV (Cádiz); a las Ordenes Ministeriales de Obras Públicas de 27 de julio de 1966, 10 de junio de 1967, 28 de septiembre de 1967, 14 de febrero de 1969 y 5 de marzo de 1971, por las que se aprueban distintos Pliegos de cláusulas de explotación de otras tantas concesiones de autopista de

peaje; al supuesto contemplado en el artículo 25.2 de la Ley de 10 de mayo de 1972, de construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje en régimen de concesión y a los Decretos de 25 de enero de 1973, que aprueba el Pliego de cláusulas generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión y que prevé la intervención del Consejo de Estado en los casos de extinción de la concesión por mutuo acuerdo, y de 23 de junio de 1978, que modifica el sistema de financiación de entidades concesionarias y que en su artículo 4 exige la consulta en los casos de revisión del límite máximo del aval del Estado.

A la vista de los distintos expedientes que se remiten al Consejo de Estado para consulta, se pueden agrupar éstos en:

#### 1. EXPEDIENTES RELATIVOS A RECLAMACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS FORMULADAS ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR PARTICULARES

El artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común dispone que:

*«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.*

*2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o a un grupo de personas.»*

Por su parte, el artículo 141.1 del mismo texto legal, preceptúa que

*«Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tengan el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».*

La intervención del Consejo de Estado en los procedimientos relativos a reclamaciones de daños y perjuicios formuladas ante la Administración Pública por particulares viene determinada por el artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que establece que:

«La Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en los siguientes asuntos:

... ..

13. *Reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado»*

El alcance del precepto ha sido objeto de matizaciones por parte del propio Consejo de Estado, al señalar que su intervención sólo resulta preceptiva cuando se trate de reclamaciones formuladas al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (antes artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa (*Dictámen del Consejo de Estado número 1152/91, de 9 de julio de 1992*, entre otros numerosísimos). No lo resulta ora en el caso de reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil que tienen por objeto una indemnización de daños y perjuicios (*Dictámen del Consejo de Estado número 53.797, de 14 de noviembre de 1989*), ora en el caso de reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a Entidades institucionales (*Dictámen del Consejo de Estado número 45.366, de 30 de junio de 1983*), ora en el caso de reclamaciones formuladas por quienes no son «particulares» en los términos legales, esto es, quienes están ligados con la Administración mediante una relación especial, tales como los funcionarios, los concesionarios, los contratistas,..., pues, en tales supuestos, no resulta de aplicación el citado artículo 139 sino que operan las previsiones específicas que disciplinan la relación especial existente (*Dictámen del Consejo de Estado número 1373/1992, de 16 de enero de 1992*).

A) La mayor parte de estas reclamaciones que presentan los particulares ante la Administración y que son objeto de consideración por el Consejo de Estado atribuyen los *daños sufridos a la deficiente conservación y mantenimiento de las carreteras*.

Sabido es que el Consejo de Estado, durante la década de los sesenta, al interpretar el concepto jurídico indeterminado utilizado por la Ley de «funcionamiento anormal del servicio público», sentó el criterio de que su determinación en cada caso concreto debía hacerse mediante remisión al arquetipo (*standard*) de rendimiento medio del servicio de que se trata; es decir, que en su estimación entran factores variables en cada época según el grado de desarrollo efectivo de los servicios públicos y de sensibilidad social (García de Enterría, *Derecho Administrativo, II*, Madrid, 1991, pág. 384). En el específico ámbito de las carreteras, servicio público viario, el

Consejo consideró que el arquetipo exigible a la Administración era el de mantener abiertas las carreteras en condiciones de seguridad, de tal suerte que los daños que se produjeran a resultas de la falta de ella eran imputables a la Administración, quien debía indemnizarlos.

Hoy se sigue manteniendo el mismo principio. Los dictámenes que así lo afirman son numerosísimos. En todos ellos, existe la misma idea rectora:

*«La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada» (Dictamen del Consejo de Estado número 1837/1995).*

Ahora bien, no todo accidente de circulación ocurrido en las carreteras debe ser indemnizado por el Estado. De ordinario se olvidan algunas ideas rectoras de nuestro sistema de responsabilidad administrativa.

En primer término, que es eso, un sistema de responsabilidad, en su modalidad de objetiva. No es un mecanismo asegurador universal que obligue al Estado a indemnizar todo daño que se produzca. En segundo lugar, que, pese a su amplitud, no viene a desvirtuar ni la responsabilidad de los terceros causantes de los daños ni la responsabilidad propia del propio lesionado. Ello quizás sea fruto de una perversión de los conceptos que el famoso ejecutivo Lee Iacocca expresó con brillantez: «Hemos adoptado una curiosa noción..., de que cuando algo malo nos ocurre, siempre existe alguien a quien culpar, y alguien que puede pagar» (*Cortes o casinos en Cinco días, 28 de septiembre de 1987, tomado de «Los Angeles Times»*); del papel que se atribuye al Estado, pues se ha escrito que «hubo un tiempo en que el hombre miraba a Dios para ordenar el mundo; después al mercado y ahora mismo al Gobierno» (King, *Overload: the problem of governing in the 1970s*, s.l. 1975, pág. 288) y de la reacción que tiene el ciudadano en el sentido de exigir una migaja del Erario público cuyo pastel se lo reparten los logreros de toda laya que ocupan el poder y que sólo actúan impulsados por el sectarismo en las conductas y en las ideas, por un injustificado afán de nivelación de fortunas y por las pasiones más bochornosas y desordenadas.

En segundo lugar, se ignora que el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al establecer un sistema de responsabilidad objetiva está pensando en casos en los que el daño se produce a resultas de una actuación positiva de la Administración y no a resultas de una omisión. Cuando de estos últimos supuestos se trata, es preciso ponderar los distintos elementos de la relación de indemnización para determinar su procedencia o

no. A veces esa ponderación, y ante la imposibilidad de acudir a ningún elemento de culpabilidad, fuerza al intérprete a manipular la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño.

Estas o análogas ideas, mucho más matizadas en todos los casos y algunas no compartidas en los términos en que aquí se expresan, han sido utilizadas por el Consejo para concluir que no procedía declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en numerosos expedientes.

Así, se ha dicho que no resulta pertinente hacer la declaración de responsabilidad expresada en el caso de que haya existido una conducta inadecuada de la víctima o de un tercero. En ambos casos, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido queda interrumpido por el actuar el propio perjudicado o de un tercero (*Dictámenes del Consejo de Estado números 1312/93, 988/95, 1519/95, entre otros*).

También, se ha sentado el criterio de que los arquetipos de funcionamiento medio del servicio público son distintos según la calificación formal de la vía (autopista, autovía o carretera), su importancia en el sistema viario (por su intensidad de utilización, por su situación geográfica) y las condiciones externas (meteorología, etc.) (*Dictámenes números 339/94 y 322/93*).

Lo que si es rigurosamente exigido en todos los expedientes es la prueba no sólo de la utilización del servicio público y del daño, sino también de la relación de causalidad entre uno. Es de lo más frecuente que quienes utilizan la vía pública y sufren un daño reclamen, sin más, ante la Administración Pública; a lo sumo, acreditan que eran usuarios del servicio. Ello no basta para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Es preciso justificar no sólo el presupuesto (uso del servicio público) y la consecuencia (el daño), sino también la conexión entre uno y otro. Ello es consecuencia de la aplicación de los criterios generales que informan la teoría de la prueba y que, en el específico ámbito de las reclamaciones, tiene su manifestación en el artículo 1214 del Código Civil: incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento; en otros términos, el que reclama, debe probar (*Dictámenes números 2050/95, 2185/95, 2062/95, entre otros numerosísimos*).

Exigencia de prueba no es sin embargo sinónimo de rigidez ni en la forma de hacer valer el medio de prueba ni en su apreciación. El Consejo de Estado ha negado valor de prueba a la simple afirmación del reclamante (*Dictamen número 1811/95*) y ha admitido la prueba de los hechos, como no podía ser menos, mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho, dando incluso validez a algunas formas de presentación de los

medios que, en el ámbito procesal, carecerían de ella. Así, ha admitido como tales los atestados e informes de la Guardia Civil (*Dictamen número 1405/94*) y los informes de los capataces de las brigadas de conservación, sin ratificación o confirmación ulterior ante las Autoridades administrativas; o el testimonio de una persona, expresado por escrito y sin ratificación ante funcionario alguno, pese a haber sido citado para ello (*Dictamen número 2110/95*) en el que se afirma:

*«El testimonio de Don Luis ha de considerarse medio de prueba (ex arg. del artículo 1244 del Código Civil), aunque se haya prestado por escrito y no haya sido objeto de ratificación. Es cierto que el testimonio prestado por escrito, salvo para el caso de personas exentas de comparecer, carece de validez en el ámbito procesal, conforme a una doctrina que encuentra sus hontanares en los glosadores (glosa utilitatem de Pedro de Bellapertica, I, 2, 1) y que, en el mismo ámbito, los testimonios prestados fuera de las actuaciones judiciales han de ser ratificados en ellas para tener plena eficacia. Pero, en el procedimiento administrativo, tales exigencias formales no son exigibles, pues su regulación está inspirada en el antiformalismo. Por ello, al igual que ha hecho en otras ocasiones este Consejo de Estado, ha de estimarse como medio de prueba válido».*

En materia de reclamaciones patrimoniales, el Consejo de Estado actúa siempre en atención al caso concreto. Su doctrina está hecha, más que con base en grandes principios y declaraciones, al hilo de distintos y variados supuestos. Está formada de modo casuístico, basándose en la naturaleza de las cosas, lo que le da unas características propias: economía de las formas jurídicas, ahorro de las figuras jurídicas aplicadas, empleo de formas técnicas variadas para situaciones económicas muy distintas y, sobre todo, reticencia y cautela contra todo lo que sea abstracción, definición, construcción y sistematización. Se tiende a huir de las construcciones y gusta atenerse más bien al precedente, «como si» el caso actual que se presenta a examen fuese igual al previamente resuelto (ficciones). Lo cual no es obstáculo para que ese informar numerosos asuntos permita apreciar la existencia de unas reglas y principios jurídicos, de gran fuerza expansiva, que articulan un perfilado sistema de criterios en la materia.

Siguiendo el orden expositivo seguido por el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo en su Memoria de 1994, las reclamaciones formuladas por los particulares por daños que atribuyen a la deficiente conservación y mantenimiento de las carreteras se pueden agrupar en:

a) *Reclamaciones por desprendimientos de piedras y tierras.*

Las reclamaciones por desprendimientos de piedras y tierras son frecuentes. En casi todos los casos, los supuestos son similares: un usuario de una carretera choca con piedras o tierras que se encuentran en la calzada.

Durante muchos años, desde mediados de los sesenta hasta finales de los ochenta, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública era casi automática. El Consejo entendía que la Administración tenía la obligación de mantener las vías abiertas al tráfico en condiciones seguridad y que éstas no se daban si existía algún obstáculo en la calzada. El resultado dañoso era pues imputable a los servicios de carreteras. Miles de dictámenes lo proclamaron en los siguientes o análogos términos:

*«La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada.*

*Dejando aparte la hipótesis, que no se plantea en el expediente de que la intervención de un tercero agente interrumpa el nexo de causalidad, sólo en el caso de que el acontecimiento generador del daño pueda calificarse de fuerza mayor, queda la Administración exonerada de responsabilidad.*

*En el caso sometido a consulta, no existe acontecimiento generador del daño que pueda ser calificado de fuerza mayor y que, por tanto, permita a la Administración exonerarse de responsabilidad. En efecto, la caída de una piedra sobre la calzada constituye un riesgo que es de por sí ordinario. La previsibilidad del evento excluye pues la calificación de fuerza mayor, por otra parte, reservada por la doctrina y la jurisprudencia para los acontecimientos realmente insólitos y extraños al campo normal de las actuaciones típicas de cada actividad o servicio. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.» (Dictámen 433/95).*

La claridad de la doctrina mencionada se ha visto, sin embargo, enturbiada desde 1988. A partir de esa fecha, y recogiendo el parecer distinto del común, en ocasiones, se ha introducido un elemento diferente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en estos casos: se exige que la roca o piedra desprendida lo sea de la propia carretera o de sus elementos auxiliares; del talud, de las zonas inmediatas protegidas por mallas, etc. (*Dictámenes 809/93, 1115/93*).

Observese que la modificación operada es sustancial, por cuanto se restringe el ámbito de la responsabilidad pública y, aún incluso, se varía el título de imputación: en el criterio clásico, la responsabilidad deriva de la «falta de seguridad en las condiciones de la vía», lo que se acredita con la caída y permanencia de un obstáculo en la calzada; en el criterio más moderno, la imputación a la Administración es consecuencia de «un defecto en la construcción o en el cuidado de los elementos de la carretera», lo que se evidencia también con la misma caída de las piedras o tierras.

No debe, en todo caso, pensarse que la Administración, aún cuando se siga el criterio tradicional, debe indemnizar todos los casos de accidentes producidos por la existencia de piedras y tierras desprendidas en la calzada. El tenor de la Ley excluye los supuestos de fuerza mayor. Por tal debe entenderse acontecimiento extraordinario, imprevisible y, cuando fuere previsible, irresistible: así se ha reputado tal la caída de piedras desprendidas de un peñasco situado a más de quinientos metros de la vía o de las laderas lejanas circundantes de una carretera a resultas de lluvias declaradas catastróficas.

Y, no debe tampoco, y por último, dejar de señalarse que la Administración no queda exonerada de responder por el simple hecho de señalar la posibilidad de que se produzcan desprendimientos.

*b) Por la existencia de gravilla en la calzada y por deformaciones del firme.*

También son usuales las reclamaciones deducidas por la existencia de gravilla en la calzada, a resultas de la ejecución de diversos trabajos de conservación de las carreteras, y por deformaciones del firme.

En tales casos, el Consejo ha establecido el criterio de que la existencia de gravilla sobre la calzada es indemnizable por cuanto constituye también un riesgo ordinario (*Dictámen número 1460/93*). Ahora bien, sólo procede declarar la responsabilidad en el caso de que dicha gravilla esté sobre la calzada durante un largo período y tenga entidad.

Además, a los efectos de determinar el importe de la indemnización, debe atenderse el vehículo siniestrado, pues no es equiparable el daño sufrido por el conductor de una moto con el padecido por el que lleva un automóvil.

Es también indemnizable el daño producido a resultas de una deformación del firme de la calzada (*Dictámen número 1243/94*). Ahora bien, dicha deformidad debe ser importante y, en modo alguno, debe concurrir causa imputable al reclamante (*Dictamen número 102/93*).

*c) Por existencia de objetos y animales en la calzada.*

La generosidad a la hora de informar favorablemente los expedientes por daños causados a resultas de desprendimientos de piedras y tierras

tiene su contrapunto en la producción de perjuicios al chocar con animales en las calzadas. El Consejo, tal vez con una visión estrecha, viene negando las indemnizaciones solicitadas. El argumento es siempre el mismo. La Administración no garantiza la indemnidad e impermeabilidad de las calzadas; incluso, en aquellas vías que la Ley dice que están cerradas; esto es, las autopistas y las autovías.

*«la existencia de vallado no comporte necesariamente una relación de causalidad entre los servicios públicos y los daños producidos al colisionar con animales sueltos en las autovías, pues éstos pueden acceder a la calzada a través de los enlaces, mediante otros vehículos en circulación, o traspasando el vallado por el acto de un tercero o por sus propias cualidades naturales. Además, debe señalarse que la existencia de vallado no está incluida dentro de las características definitorias de la autovía por cuanto, conforme a la legislación de carreteras, dichas vías sólo prevén una limitación de accesos a las propiedades colindantes, frente a lo que sucede con las autopistas en las que se establece «el no tener acceso desde las propiedades colindantes». Por todo ello, se estima que procede desestimar la reclamación deducida». (Dictámen núm. 322/93).*

Esta doctrina tiene como consecuencia que tampoco sean indemnizables los daños producidos a resultas de la existencia de objetos caídos en la calzada cuando no ha mediado un lapso de tiempo prolongado entre la caída y el accidente. En tal sentido, se ha afirmado que

*«La Administración tiene el deber ineludible de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales, que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede sin embargo ese límite un caso como el sometido a consulta, en el que el accidente se produjo por la existencia de un objeto metálico en la calzada, que debió caerse de un vehículo desconocido que circuló antes que la reclamante. Por ello, el resultado dañoso no puede imputarse al funcionamiento del servicio público.*

*Tampoco puede hacerse dicha imputación, a título de «culpa in vigilando», por cuanto, según el informe de la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, la concesionaria retiró inmediatamente el objeto metálico, sin que transcurriera un lapso de tiempo excesivo desde su caída hasta la intervención de sus dependientes. El Consejo de Estado, como bien recuerda el de Obras*

*Públicas y Urbanismo, ha declarado que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo e inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada quede libre y expedito.» (Dictamen 2226.95).*

Mucho más riguroso se muestra el Consejo en el caso de que exista un contrato de conservación y mantenimiento de la vía. En tales supuestos, la indemnización es de cuenta de la entidad contratista.

*ch) Por defectos en la señalización.*

Los defectos en la señalización son también motivo de reclamación por parte de los particulares.

El Consejo se ha mostrado riguroso a la hora de informar favorablemente los expedientes instruidos por tal circunstancia. Es claro que no procede la indemnización en el caso de que la señalización sea la correcta y, además, visible a larga distancia. En tal sentido, el *Dictamen número 2221/95*, afirmó que, cuando la señalización es suficiente, está colocada adecuadamente, es la reglamentaria y es visible antes del lugar donde se produjo el accidente, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Tampoco procede la indemnización en el caso de señales orientativas de velocidad, cuya infracción, tal vez, pudiera ser causante del accidente, pues no obligan al conductor (*Dictamen número 610/93*).

## B) EXPEDIENTES RELATIVOS A RECLAMACIONES POR EJECUCIÓN DE OBRAS EN LAS CARRETERAS

Múltiples son las causas invocadas a la hora de pretender la responsabilidad patrimonial de la Administración por ejecución de las obras en las carreteras. Hay quizás dos arquetipos, a saber:

*a) Daños directamente producidos a resultas de la construcción, consistentes en la aparición de grietas o en la necesidad de modificar algunos elementos estructurales de la vivienda.* En estos casos, el Consejo viene sosteniendo reiteradamente la tesis de que tales daños son indemnizables. Así se ha dicho que

*«En efecto, han quedado acreditadas en el expediente, a partir del informe emitido por la Demarcación de Carreteras del Estado en Castilla y León, la efectividad y realidad de los daños produci-*

*dos en las viviendas de los reclamantes a resultas de los trabajos de ensanche y mejora del firme de la carretera nacional 525. Existe relación de causalidad entre la configuración de la obra pública y las lesiones producidas y los daños son imputables a la Administración y pues ni existe actuación inadecuada de los perjudicados ni concurre circunstancia que sea susceptible de ser calificada como fuerza mayor a los efectos de interrumpir el nexo causal entre el servicio público y el daño. Por consiguiente, el Consejo de Estado estima que, en el caso presente, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que concurren los requisitos exigidos por el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado para hacerlo.» (Dictámen núm. 2521/94).*

Por el contrario, no son resarcibles los daños consistentes en molestias derivadas de la ejecución de trabajos, pues ello constituye una carga general que el administrado está obligado a soportar (*Dictamen núm. 2062/95*).

Sin embargo, cuando tales molestias adquieren perfiles especialmente gravosos, sí son indemnizables:

*«Respecto a los primeros daños invocados, el Consejo de Estado considera que, como bien expresa el Consejo de Obras Públicas y Urbanismo, algunos de ellos deben ser indemnizados pues exceden de lo que constituye una carga general que deba ser soportada. Las molestias producidas durante la ejecución de los trabajos adquirieron tal onerosidad, según se deduce del informe del Ingeniero Inspector de las obras, que excedieron del contenido normal de dichas cargas, hasta tal punto que constituyeron lesiones jurídicamente efectivas, individualizadas y económicamente determinadas. Llegaron hasta tal punto que produjeron daños personales en los reclamantes y sus hijos. Estos son indemnizables.» (Dictamen número 1601/95).*

La disparata obsesión por los temas ecológicos y, en concreto, por el mantenimiento del paisaje, tan propia de regidores y políticos, necios hasta la médula, ha sido también considerada por el Consejo. En concreto, en el *Dictamen núm. 1601/95*, el Alto Cuerpo Consultivo señaló

*«No lo son la pérdida del paisaje, pues el administrado no tiene derecho a una especial configuración de los elementos urbanos y naturales que configuran el paisaje como ya ha puesto de manifies-*

*to una significativa jurisprudencia extranjera (Tribunal Supremo de Dinamarca, Sentencia de 17 de febrero de 1989). Por ello, en el caso presente, ha de concluirse que los eventuales perjuicios estéticos aducidos, además de ser fruto de apreciación subjetiva, constituirían, en su caso, una carga general derivada de la satisfacción de los intereses de los administrados por parte de la Administración mediante la construcción de la correspondiente obra y, en consecuencia, no indemnizable»*

b) Daños consistentes en la *pérdida de clientela o negocio de los negocios colindantes con la vía pública*. Tales no son indemnizables, salvo en caso de privación total de accesos (*Dictamen núm. 90/94*), pues

*«Los daños producidos por la mera frustración de expectativas que deriva de una alteración de la configuración de la vía pública no son indemnizables pues la Administración puede variar, cuando lo exija el interés general, las características de una obra pública.*

*La situación de contigüidad de un inmueble a un camino público no constituye un derecho, sino simplemente un interés y la alteración de las condiciones de acceso a una finca a consecuencia de la ejecución de una obra pública, en tanto no signifique la absoluta privación de acceso al inmueble, constituye una carga general que no confiere a los interesados derecho de indemnización alguno.*

*En el caso sometido a consulta, como señalan los informes obrantes en el expediente, el reclamante no se ha visto privado del acceso a su propiedad, sino que, a resultas del desdoblamiento de la carretera Nacional I y su conversión en autovía, se han reordenado los accesos, sustituyendo los directos a las propiedades colindantes por otros de carácter indirecto, a través de una vía de servicio, lo cual lleva un aumento de la distancia que han de recorrer los usuarios de la vía principal entre ésta y cada uno de los predios limítrofes. No teniendo el reclamante un derecho a la contigüidad y al acceso directo desde la vía pública a inmueble, no cabe apreciar la existencia de una lesión indemnizable en el caso sometido a consulta.*

*El concepto jurídico de lesión comporta que una actividad produce un efecto antijurídico. La actividad en sí puede ser jurídica, y por tanto estar legitimada, pero producir un efecto antijurídico en el patrimonio de un sujeto. Entonces hay lesión indemnizable. Pero si el efecto es el menoscabo de un interés nacido de unas expectati-*

*vas creadas o amparadas por una obra pública o por un servicio público, es evidente que no hay imposición de un sacrificio jurídicamente indemnizable.*

*Por tanto la eventual pérdida de negocio invocada por la parte reclamante no constituye lesión en sentido técnico, esto es, privación de derechos patrimoniales evaluables, por cuanto la situación de un inmuebles respecto a la vía pública no es constitutiva de ningún derecho subjetivo o interés legítimo, sino simplemente un interés. Aunque la expresión «bienes y derechos» de la Ley de Expropiación Forzosa y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado se estime comprensiva de los intereses legítimos a que se refiere el artículo 1 de la primera de las citadas Leyes, no existe en el presente caso lesión indemnizable pues la legitimidad de los intereses invocados es referible a explotación comercial de una determinada situación, pero no ampara el del particular en que esa misma situación se mantenga cuando la Administración la modifica por razones de interés general.*

*No existiendo lesión en sentido técnico jurídico en el caso consultado, resulta improcedente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.» (Dictamen núm. 824/94).*

### C) EXPEDIENTES DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS

En este tipo de expedientes, la intervención del Consejo de Estado viene determinada por alcanzar la modificación más del 20 por ciento del precio del contrato. Los dictámenes han ponderado especialmente la concurrencia de una causa de interés público que justifique la variación sin necesidad de acudir a los procedimientos ordinarios de licitación. Numerosos son los dictámenes en tal sentido; baste, como botón de muestra, el *Dictamen núm. 1165/94* en el que se afirma

*«En cuanto al fondo, la modificación sometida a consulta puede dar lugar a resolución del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Ley de Contratos del Estado. Al haberse producido la aceptación del contratista, la cuestión que debe abordarse es la de si existen razones que justifiquen la modificación propuesta. Estas concurren en el caso presente y están debidamente justificadas. Así se desprende de los informes emitidos por los servicios administrativos y, en especial, del Consejo de Obras Públicas y Urbanismo.*

*La modificación tiene por objeto permitir la ejecución de unos trabajos de dragado de determinados terrenos que presentan unas características de difícil encaje en los tres tipos incluidos en el Pliego que sirvió de base para la contratación. Esta circunstancia ha sido considerada como causa técnica imprevista por los servicios técnicos y nada hay que objetar a dicha consideración.*

*En todo caso, las obras de modificación del contrato sometido a consulta deberán adjudicarse a la Unión Temporal de Empresas constituida por C, Empresa Constructora S.A. y Jan N.V. incrementándose proporcionalmente en lo que proceda la fianza prestada por la adjudicataria y formalizándose la modificación en documento administrativo.» (Dictámen núm. 1547/93).*

Esta aceptación general no significa que, en ocasiones, el Consejo llame la atención de la mala calidad de los proyectos, causa directa de las modificaciones precisas y de gran coste económico.

*«No puede, por último, el Consejo de Estado dejar de hacerse eco de lo expresado por el Inspector General en su informe de 23 de diciembre de 1992 sobre las deficiencias del proyecto elaborado en su momento y, en general, sobre la insuficiente fiabilidad de los redactados por los consultores. Esta circunstancia ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en anteriores ocasiones y procede repetirla en el caso presente. Una elaboración cuidada de los proyectos y el ejercicio de las facultades de vigilancia sobre los mismos por parte de la Administración cuando su redacción se encomienda a terceros evitaría importantes costes económicos y situaciones indeseables.*

*En el caso presente, la simple lectura de las modificaciones proyectadas pone de manifiesto que no se elaboró el proyecto con la corrección y minuciosidad mínimamente exigible, de tal suerte que este Cuerpo Consultivo considera que debería instruirse el correspondiente expediente administrativo para depurar eventuales responsabilidades por tales actuaciones.» (Dictamen 1638/93).*

#### CH) EXPEDIENTES RELATIVOS A LA MODIFICACIÓN DE CONCESIONES DE AUTOPISTAS

Aparte de regulaciones específicas, la Ley de Autopistas en régimen de concesión establece la intervención del Consejo de Estado en los casos de modificación de su objeto. En cumplimiento de tal previsión, el Alto

Cuerpo Consultivo ha emitido diversas consultas en las que ha manifestado que sólo procede la modificación del objeto de la concesión cuando la variación es de índole menor y tiene por finalidad solucionar alguna insuficiencia de la vía.

*«El Proyecto sometido a consulta tiene por objeto aprobar el convenio a suscribir entre el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y Autopistas, Concesionaria Española S.A., titular de las concesiones de autopistas unificadas por Real Decreto 126/1984, de 25 de enero, y cuyo contenido comportará la modificación de determinadas cláusulas del régimen concesional vigente.*

*El proyecto se basa específicamente en el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, en cuanto permiten al Gobierno modificar las características de los servicios contratados por razones de interés público y las tarifas abonadas se facultan para ampliar la autopista concedida cuando resultare insuficiente para la prestación del servicio y comporta una novación modificativa de la concesión vigente por cuanto se varía el objeto de la misma, al incluirse en el mismo un nuevo tramo como es el comprendido entre la terminación norte en Palafoxs de Mataró-Malgrat hasta la conexión con la carretera GE-600, de Blanes a Hostalric.*

*El contenido del Proyecto sometido a consulta se estima correcto y, por consiguiente, en cuanto al fondo no procede formular observación de legalidad alguna a sus previsiones.*

*En efecto, el interés público aconseja la novación modificativa de la concesión de la autopista por cuanto es preciso, dado el intenso tráfico de la zona, poner término a las dificultades de circulación derivadas del estrechamiento de la calzada cuando se termina la A-19 y se conecta con la Carretera Nacional II.*

*No suscita duda alguna a este Consejo de Estado la posibilidad, seguida por el Proyecto de Real Decreto y convenio consultados, de que el nuevo tramo de la Autopista sea configurado como parte, nueva, claro está, de la concesión inicial, sin necesidad de que constituya una concesión autónoma. En efecto, la conexión del nuevo tramo a construir con los ya existentes, de los que será un simple apéndice o continuación que no tiene significación importante en el conjunto de la concesión, bien inicial, bien unificada, en virtud del Real Decreto 126/1984. Por otra parte, una adecuada y correcta ordenación del sistema de infraestructuras viarias y de comunicaciones justifica que el tramo a construir se conceda a la*

*entidad titular de la concesión ya existente, esto es, a Autopistas, Concesionaria del Estado S.A.*

*El Consejo estima, por consiguiente, que no hay inconveniente para hacer lo proyectado, por cuanto la modificación encuentra su fundamento claro en el citado artículo 25 de la Ley 8/1972, al resultar insuficiente la autopista y precisar una ampliación.» (Dictamen núm. 399/95).*

Cuando la modificación trasciende ese estrecho límite, no es posible llevarla a efecto, respetando los principios de publicidad y concurrencia, como se ha señalado en el *Dictamen 1098/95*, al decir

*«La concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje de Campomanes a León, que ostenta la sociedad «Autopista Concesionaria Astur-Leonesa S.A.», propiedad de la Empresa Nacional de Autopistas S.A., fué adjudicada por Decreto 2471/1975, de 22 de agosto. Con anterioridad, por Ordenes Ministeriales de 13 de diciembre de 1974, se aprobaron los pliegos de bases y cláusulas para su construcción, conservación y explotación.*

*Con arreglo a estas normas, el objeto de la concesión es la autopista entre León y Campomanes, sin que se previera entonces la prolongación de la misma hasta Benavente.*

*Ninguna disposición ulterior relativa a la concesión (Real Decreto 366/1982, de 12 de febrero, Real Decreto 2075/1983 y Real Decreto Ley 6/1983, de 23 de noviembre) prevén en su articulado la prolongación de la autopista.*

*El Proyecto sometido a consulta tiene por objeto aprobar el convenio a suscribir entre el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente y Autopista, Concesionaria Astur-Leonesa S.A., sociedad integrada en la Empresa Nacional de Autopistas y titular de la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje Campomanes-León, y cuyo contenido comportará la modificación de determinadas cláusulas del régimen concesional vigente.*

*En concreto, se modifica el objeto de la concesión actualmente existente, León-Campomanes, y se incluye en el mismo tramo, de nueva construcción, de Benavente a León.*

*El proyecto se basa específicamente en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo. El primero de los preceptos establece que*

«1. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, podrá modificar, por razón de interés público, las características de los servicios contratados y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, con informe previo de Hacienda si las modificaciones afectan al régimen económico-financiero de la concesión»

2. En este último supuesto, la Administración deberá compensar al concesionario de forma que se mantenga su equilibrio económico-financiero; si las modificaciones expresadas carecen de trascendencia económica, no podrá aquél deducir reclamación alguna al respecto».

Por su parte, citado artículo 25 prevé que

«1. Si en el futuro la autopista resultare insuficiente para la prestación del servicio y se considerare conveniente su ampliación por iniciativa de la Administración o a la solicitud del concesionario, se procederá a la redacción de un convenio que recoja las particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas, según las mismas normas que rigieron para la adjudicación en todos aquellos extremos que puedan ser mantenidos inalterables.

2. Corresponderá al Gobierno, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, la aprobación de dicho convenio, previo dictamen del Consejo de Estado».

El Consejo de Estado considera que no procede la aprobación del Convenio a suscribir entre la Administración y la sociedad concesionaria y, por ende, el Real Decreto que lo incorpora como anejo.

En efecto, la variación objetiva que se pretende no puede ser encajada en los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo.

Debe señalarse que, conforme a lo invocado por el Proyecto de Real Decreto en su fórmula de expedición, y pese a la cita de los artículos 24 y 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, la modificación del objeto de la concesión de León a Campomanes persigue dar «continuidad (al) eje Oviedo-Madrid como vía de alta capacidad (lo que) exige dotar al tramo... de una vía de esas características». En otros términos, la medida sometida a consulta más que solucionar un problema de insuficiencia de la vía actualmente existente, lo que persigue es completar el sistema de comunicaciones de alta capacidad entre el Principado de Asturias y Madrid, a través de Castilla y León.

El artículo 24 mencionado no permite la modificación objetiva de la concesión. Con base en el mismo, el Gobierno puede alterar las «características del servicio», esto es, el modo de prestarlo, y las tarifas, pero no el objeto mismo del servicio.

*Por su parte, el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, permite la modificación del objeto de la concesión en los casos de insuficiencia. Como bien señala la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, dicho precepto puede resultar dudoso en lo tocante a sus previsiones; pero tales dudas sólo se suscitan si es objeto de interpretación aislada, pues desaparecen si se le pone en conexión con cláusula 103 del Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de las autopistas de peaje en régimen de concesión.*

*La citada cláusula 103 dispone que «la ampliación de la autopista a que hace referencia el artículo 25 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, que será obligatoria para el concesionario, podrá consistir en aumento del número de carriles de las calzadas, establecimiento de nuevos enlaces, implantación de nuevos ramales de autopista o de sus accesos, nuevas áreas de servicio y, en general, cualquier tipo de elemento viario que contribuya a remediar la insuficiencia, causa de la ampliación».*

*A la luz de esta previsión, se deduce que, por ampliación de autopista, debe entenderse el aumento de las características de la obra ya ejecutada o la ejecución de obras accesorias respecto a la principal, ya hecha. La accesoriedad de una obra debe determinarse bien atendiendo a su propia función en el sistema viario (caso de las áreas de servicio, accesos, etc.), bien a su significación en el total de la concesión (ramales o incluso nuevos tramos de escasa incidencia). Así lo entendió el Consejo de Estado en el dictamen 55.579, en el que consideró obra accesoria la construcción de un tramo de autopista de escasa longitud respecto a la total de la concesión integrada. En consecuencia, el artículo 25 no permite al Gobierno adjudicar obras significativas de construcción de autopista puesto que éstas deben ser objeto de nueva concesión.*

*Lo que se pretende ahora es la construcción de un nuevo tramo de autopista, entre Benavente y León. Los servicios omiten en el expediente toda referencia a las longitudes del nuevo tramo a construir y del actualmente en servicio. No obstante esta omisión, es evidente que el de Benavente a León tiene una muy significativa que impide considerarlo obra accesoria de la otorgada entre Campomanes y León. En consecuencia, debe ser objeto de una nueva concesión.*

*De lo expuesto se deduce que el Consejo considera que las obras de construcción de la autopista entre Benavente y León deben ser objeto de una concesión distinta de la actualmente existente*

*para el tramo León-Campomanes. En consecuencia, deberá convocarse el correspondiente concurso de conformidad con el artículo 7 de la Ley 8/72, de 10 de mayo, y sólo en el caso de que faltaren licitadores, sus proposiciones resultaren inadmisibles o no formalizaran el contrato, podrá la Administración adjudicar directamente la construcción, conservación y explotación de la obra.»*

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

1. «No puede, por otra parte, considerarse interrumpido el plazo legal de un año por el telegrama presentado el día 2 de enero de 1998. Y ello por cuanto, como ha señalado este Consejo de Estado ya en ocasiones anteriores, los telegramas sólo interrumpen los plazos para el ejercicio de las acciones, en cuanto auténticas solicitudes, de conformidad con el artículo 1973 del Código Civil, cuando contienen los elementos esenciales exigidos por la Ley para ser considerados como tales solicitudes; en especial, han de contener la pretensión. Si no la contienen, no hay verdadera reclamación y, por tanto, al no tener este carácter, no producen el efecto previsto en el artículo 1973 antes citado del Código Civil. En otros términos, cuando los telegramas se limitan a expresar ese efecto interruptivo, no son «reclamación extrajudicial», en los términos previstos en el mencionado precepto.

En el expediente sometido a consulta, el telegrama dirigido a la Administración se limitaba a afirmar el efecto interruptivo del plazo de prescripción y no contenía una auténtica pretensión de indemnización. Por ello, no debe reputarse reclamación extrajudicial con el efecto del artículo 1973 del Código Civil. Más, cuando dicho telegrama no fue dirigido por el reclamante sino por entidad que no acreditaba tampoco ni la representación con que actuaba ni, en su caso, el interés del que justificaba su actuación.»

*(Dictamen 2089/2002)*

2. «El archivo es bien una operación material, bien un acto jurídico. En cuanto operación material, el archivo consiste en el depósito de las actuaciones en un archivo de gestión, cualquiera que sea la causa de terminación del procedimiento (por resolución, por desistimiento, por renuncia, por caducidad incluso por silencio, etc.). Como acto jurídico, bajo la denominación de archivo se comprenden una serie de casos en los que se

pone fin al procedimiento de forma anormal. Entre ellos, cabe mencionar la desaparición del objeto del procedimiento (*Dictamen del Consejo de Estado número 2939/1997*), la prescripción, la renuncia y el desistimiento (artículo 42.1.21), la muerte del interesado, cuando aquél no pueda ser seguido por sus causahabientes, y la modificación de la situación jurídica de los interesados, cuando ello lo comporte.

En el caso presente, la reclamación carece de objeto, por cuanto la pretensión de la parte solicitante ha sido satisfecha y todos los daños reparados en ejecución de los pronunciamientos jurisdiccionales dictados.»

*(Dictamen 3604/2002)*

### **3.2. SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA**

#### **CUESTIONARIO PARA EL CONGRESO DE ROMA DEL AÑO 2003**

#### ***COMPATIBILIDAD DE LOS SISTEMAS LEGALES NACIONALES CON EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)***

#### **PARTE I. DERECHO MATERIAL**

##### **1. Ratificación**

a) ¿Ha ratificado su Estado el Estatuto de la CPI? ¿Hasta qué punto su Estado considera obligatorio de acuerdo con el Estatuto, o necesario en otras circunstancias, al hacer posible esa ratificación, modificar la Constitución, o la legislación nacional, de su Estado? ¿Ha efectuado su Estado alguna declaración bajo el Artículo 124 del Estatuto?

b) Si su Estado no lo ha ratificado ¿existen impedimentos constitucionales, o de otro tipo, que impidan esa ratificación?

##### **Contestación**

a) España ha ratificado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 24 de octubre de 2000.

El Poder Legislativo (Congreso y Senado), al aprobar la Ley Orgánica 6/2000 concediendo autorización al Gobierno del Reino de España para la

ratificación, no ha considerado necesario modificar la Constitución ni la previa promulgación o modificación de otras Leyes españolas.

España no ha formulado la declaración prevista en el artículo 124 del Estatuto.

b) No requiere contestación al haber ratificado España el Estatuto.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## **2. Crímenes**

Las siguientes conductas ¿son punibles de acuerdo con la legislación de su Estado?:

a) Genocidio (como se define en el Artículo 6 de la CPI, o de manera diferente).

b) Crímenes contra la humanidad (como se definen en el Artículo 7 de la CPI, o de manera diferente).

c) Crímenes de guerra (como se definen en el Artículo 8 de la CPI, o de manera diferente).

¿Existe alguna diferencia si ese comportamiento se ha producido en el contexto de un conflicto armado internacional, o de un conflicto armado interno, o se ha producido en un contexto que no sea ningún conflicto armado?

### **Contestación**

El crimen de genocidio aparece previsto y castigado en la actualidad, en el artículo 607 del Código Penal de 1995. En el Código Penal de 1973 se sancionaba en el artículo 137 bis a).

La definición es exactamente coincidente con la del artículo 2 de la Convención de 9 de diciembre de 1948 y por ende, con la del artículo 6 del Estatuto de la CPI.

Resulta indiferente, a efectos punitivos, que los hechos constitutivos de genocidio hayan ocurrido en el contexto de un conflicto armado internacional o interno o en tiempo de paz.

El crimen de lesa humanidad no está previsto en el ordenamiento penal español.

Los crímenes de guerra aparecen previstos tanto en el Código Penal Militar de 1985 (artículos 69 a 78), como en el Código Penal de 1995 (artículos 608 a 614). En este último, la definición de los crímenes es sustan-

cialmente coincidente con la de los comprendidos en el artículo 8.2 del Estatuto de la CPI, aunque en concreto, no se prevén los crímenes que se contienen en el artículo 8.2 b) iii) y e) iii), 8.2 b) ix) y xxiv) y e) ii) y iv), 8.2 b) xiv), 8.2 b) xxii) y e) vi), 8.2 b) xxiii), 8.2 b) xxiv) y e) ii) y 8.2 b) xxv).

Mientras que según la regulación del Código Penal Militar, los crímenes en él castigados han de cometerse por un militar y durante un conflicto armado internacional, los previstos en el Código Penal de 1995 pueden cometerse por cualquier persona, tanto en el contexto de un conflicto armado de carácter internacional como, indistintamente, en el de un conflicto armado sin tal carácter.

Fernando Pignatelli Meca

### 3. Jurisdicción

a) ¿Ha determinado su Estado la jurisdicción sobre cada uno de estos delitos?

b) ¿Esa jurisdicción es universal o, si existen condiciones a esa jurisdicción, cuáles son esas condiciones?

c) ¿Permite su Estado para estos delitos, los juicios en rebeldía?; ¿en caso afirmativo, bajo qué condiciones?

### Contestación

a) En virtud de lo dispuesto, por lo que respecta al delito de genocidio, en el artículo 23.4 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, y por lo que concierne a los crímenes de guerra, en el artículo 23.4 g) de la citada Ley Orgánica, la jurisdicción penal española será competente para conocer los hechos constitutivos de tales delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional.

b) Se trata de una competencia universal, si bien, por lo que atañe a los crímenes de guerra, la misma únicamente afecta o solo se ejerce respecto a aquellos crímenes que son transposición al ámbito penal interno español de las infracciones graves enunciadas en los artículos 50 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 51 del II, 130 del III y 147 del IV y 11.1. a 4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

c) No se permiten en el Derecho español los juicios en ausencia.

Fernando Pignatelli Meca

#### 4. Incriminación doble/«*non bis in idem*»

En relación con estos delitos ¿es admisible el enjuiciamiento bajo la legislación de su Estado o puede ser extraditado el supuesto autor de los delitos?:

- a) Si el acusado ha sido juzgado y condenado, o absuelto, por la CPI.
- b) Si el acusado ha sido juzgado y condenado, o absuelto, por el ICTY o el ICTR.
- c) Si el acusado ha sido juzgado y condenado, o absuelto, por un tribunal de otro Estado.

¿Hay algunas excepciones? ¿El procesamiento por segunda vez/no dos veces por lo mismo es un impedimento absoluto o hay algunas excepciones (por ejemplo, nuevas evidencias, juicios ficticios, etc.)?

#### Contestación

a) Por lo que respecta a la CPI y dado que el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 ha sido ratificado por España mediante Instrumento de 24 de octubre de 2000 (BOE. 126, de 27 de mayo de 2002) y que dicho Estatuto se encuentra en vigor desde el 1 de julio de 2002, resulta plenamente aplicable en el Derecho español lo prescrito en el artículo 20.2 del citado Estatuto de la CPI («Cosa juzgada»), a cuyo tenor «*nadie será procesado por otro tribunal en razón de uno de los crímenes mencionados en el artículo 5 por el cual la Corte ya le hubiere condenado o absuelto*». Dicho precepto forma parte integrante del ordenamiento jurídico español ex artículos 96.1 de la Constitución y 1.5. del Código Civil. Es de reseñar, a estos efectos la plena aplicabilidad, que la concesión de la autorización para la prestación del consentimiento del Estado se llevó a cabo mediante Ley Orgánica 6/2000, de 24 de octubre, de acuerdo con lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Española.

b) Por lo que concierne al TPIY y al TPIR, lo dispuesto en el artículo 10.1. («cosa juzgada») del Estatuto aprobado por la Resolución 827 (1993) de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y en el artículo 9.1 del Estatuto aprobado por la Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre, igualmente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resulta plenamente aplicable en Derecho español habida cuenta de lo dispuesto en los respectivos artículos 5 («*principio non bis in idem*») de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanita-

rio cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia (BOE. 131, de 2 de junio de 1994) y de la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda (BOE. 157, de 2 de julio de 1998).

c) Finalmente, y por lo que se refiere a los tribunales extranjeros, las condenas de éstos por genocidio y crímenes de guerra surtirán plenos efectos en el Derecho español en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, en relación con los artículos 5 y 7 in fine, de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, por lo que respecta al genocidio y, por lo que se refiere a los crímenes de guerra, en los respectivos párrafos segundos de los artículos 49 del Convenio I de Ginebra de 12 de agosto de 1949, 50 del II, 129 del III y 146 del IV y en el artículo 86.1 del Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

No hay excepciones.

Fernando Pignatelli Meca

## 5. Imprescriptibilidad

¿Ha incorporado su Estado, en su legislación nacional, el artículo 29 del Estatuto de la CPI sobre la no-aplicabilidad de ninguna limitación legal en relación con los crímenes que se mencionan en la pregunta número 2).

### Contestación

En la actualidad, tan sólo son imprescriptibles en el Derecho español el delito de genocidio (el artículo 131.4 del Código Penal de 1995 dispone que *«el delito de genocidio no prescribirá en ningún caso»*) y las penas impuestas por tal delito (el artículo 133.2 del Código Penal de 1995 preceptúa que *«las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso»*).

En consecuencia, deberá preverse en el futuro, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, para adaptar plenamente el Derecho español a lo estipulado por el artículo 29 del Estatuto de Roma.

Fernando Pignatelli Meca

## 6. Responsabilidad penal individual

¿Reconoce la legislación nacional de su Estado, en lo que se refiere a estos delitos, las diversas formas de responsabilidad penal que se relacionan en el artículo 25 (3) del Estatuto?

¿Cuáles son, a este respecto, las diferencias entre la legislación de su Estado y el Estatuto de la CPI?

### Contestación

El Código Penal español establece en sus artículos 15 a 18, y 27 a 29, las diferentes formas de responsabilidad penal previstas en el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, a excepción del *encubrimiento*.

El *encubrimiento* no es considerado por el Código Penal español como una forma de participación en los delitos, sino como un delito concreto que se tipifica en la Parte Especial (Libro II Delitos y sus penas) como un Delito contra la Administración de Justicia (artículo 451). De forma que no se produce la impunidad del encubrimiento sino que, de acuerdo con las modernas tendencias en materia de Derecho Penal, se incrimina de forma específica.

Esta es la diferencia más relevante entre el Código Penal español y el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma.

Por lo que se refiere al Código Penal Militar, esta ley penal especial que castiga los delitos militares se remite a las disposiciones del Código Penal común en todo lo que no está específicamente previsto (artículo 5), por lo que son aplicables las normas del Código Penal que regulan las diferentes formas de la responsabilidad penal. No obstante, el **encubrimiento** está regulado de forma especial en el artículo 23 como forma de participación en los delitos militares y de forma muy similar a la contenida en el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 7. Responsabilidad de los jefes militares y otros superiores jerárquicos

¿La Legislación de su Estado cuenta con medidas necesarias para el castigo de un superior por los crímenes que se mencionan en la pregunta 2 que fueran cometidos por sus subordinados? Si es así ¿en las mismas

condiciones que se establecen en el artículo 28 del Estatuto de la CPI, o en otras condiciones diferentes?

### **Contestación**

Aunque no existe en el Código Penal español un precepto similar al artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin embargo se considera aplicable a los supuestos de *responsabilidad de los jefes militares y otros superiores jerárquicos*, lo dispuesto en el artículo 11 del Código Penal, que regula los supuestos de *comisión por omisión*, particularmente cuando exista una obligación legal o contractual de actuar por parte del Jefe militar o superior jerárquico.

No obstante, el citado artículo 11 exige mayor número de requisitos que el artículo 28 del Estatuto y, en particular, el juicio de equivalencia entre la omisión de una conducta y la causación del resultado lesivo. Tampoco comprende la responsabilidad por imprudencia de los Jefes militares («... *hubieren debido saber ...*»), ya que sólo es aplicable a la conducta dolosa o intencional.

En consecuencia, se considera muy conveniente la aprobación de una modificación del Código Penal español para incriminar la conducta prevista en el artículo 28 del Estatuto.

El artículo 137 del Código Penal Militar castiga, como delito contra los deberes del mando, al Jefe militar que «... *tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar ...*». Entre los delitos militares se encuentran castigados los crímenes de guerra.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## **8. Elemento psicológico**

a) ¿Ha incorporado su Estado el artículo 30 del Estatuto (componente mental) en su legislación nacional y, si es así, existen algunas excepciones?

b) De acuerdo con su legislación nacional, ¿es posible ser condenado por esos delitos como consecuencia de imprudencia o negligencia?

### **Contestación**

Los artículos 5 y 10 del Código Penal español, en cuanto establecen la responsabilidad penal por dolo o imprudencia, responden sin dificultades al sis-

tema establecido en el artículo 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En la Parte II del Código Penal (los delitos y sus penas) se determina un sistema similar en cuanto a la atribución del resultado lesivo y su castigo, que no es diferente de la regulación del citado artículo 30 del Estatuto.

El artículo 12 del Código Penal español hace posible la incriminación de las conductas imprudentes o negligentes, siempre que se disponga expresamente en la ley penal. Tanto el Código Penal como el Código Penal Militar castigan de modo expreso en su articulado numerosas conductas imprudentes o negligentes.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## **9. Causas de exclusión de la responsabilidad penal**

En relación con estos delitos, ¿la legislación de su Estado admite la defensa en los casos siguientes?:

- a) La legítima defensa.
- b) La coacción.
- c) La incapacidad mental.
- d) El estado de intoxicación.

En caso afirmativo ¿bajo las mismas condiciones que se fijan en el artículo 31 (1) (a-d) del Estatuto de la CPI, o bajo otras condiciones diferentes?

### **Contestación**

- a) La legítima defensa.

El artículo 20-4.º del Código Penal español regula con gran amplitud la eximente de legítima defensa.

- b) La coacción.

El artículo 20-6.º del Código Penal español regula el miedo insuperable o coacción como eximente de la responsabilidad penal.

- c) La incapacidad mental.

El artículo 20-1.º del Código Penal español regula la enfermedad mental (cualquier anomalía o alteración psíquica que impida al autor comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión) como eximente de la responsabilidad penal.

- d) El estado de intoxicación.

El artículo 20-2.º del Código Penal español considera eximente de la responsabilidad penal el estado de intoxicación plena por el consumo de

bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

En definitiva, en el Código Penal español se configuran las eximentes de la responsabilidad penal en términos muy similares a los contenidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En todo caso, es preciso destacar la mayor precisión técnico-jurídica del Código Penal español. Particularmente, la compleja regulación de la legítima defensa en el artículo 31. c) del Estatuto de Roma que comprende supuestos de la eximente de *cumplimiento de un deber* (previstos en el artículo 20-7.º del Código Penal español). Y el estado de necesidad coactivo del artículo 31. d) del Estatuto de Roma abarca supuestos de las eximentes de *miedo insuperable* (artículo 20-6.º del Código Penal español) y de *estado de necesidad* (artículo 20-5.º del Código Penal español).

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 10. Otras eximentes estatutarias

En relación con estos delitos, ¿la legislación de su Estado admite alguno de los siguientes casos?:

a) La defensa de errores de hecho. En caso afirmativo, ¿bajo las mismas condiciones que se fijan en el artículo 32 (1) del Estatuto de la CPI, o bajo otras condiciones diferentes?

b) La defensa de errores de derecho. En caso afirmativo, ¿bajo las mismas condiciones que se fijan en el artículo 32 (2) del Estatuto de la CPI, o bajo otras condiciones diferentes?

c) La defensa de haber actuado en cumplimiento de las órdenes de un superior. En caso afirmativo, ¿bajo las mismas condiciones que se fijan en el artículo 33 del Estatuto de la CPI, o bajo otras condiciones diferentes?

### Contestación

a) El error de hecho está previsto en el artículo 14.1 del Código Penal español, que lo califica más técnicamente como *error de tipo*. En este artículo se regula también el supuesto de error de tipo vencible, en cuyo caso la infracción será castigada como imprudente.

b) El error de derecho está regulado en el artículo 14.3. del Código Penal español, que lo califica con técnica más moderna como *error de prohibición*. Se atenúa la pena en los supuestos de error de prohibición vencible.

c) El Código Penal español no contiene ninguna norma que regule de forma expresa los efectos penales de la obediencia jerárquica como eximente. Sin embargo, se consideran aplicables en estos supuestos la eximente de *cumplimiento de un deber* (artículo 20-7.º del Código Penal) o los efectos excluyentes de la responsabilidad penal del *error de prohibición* (artículo 14.3. del Código Penal).

No se establece en el ordenamiento penal español ninguna presunción semejante a la contenida en el artículo 33.2 del Estatuto de Roma.

En el artículo 21 del código Penal Militar se limita la eximente de obediencia jerárquica, al disponer que no eximirá ni atenuará la responsabilidad penal el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 11. Eximentes no-Estatutarias

En relación con los delitos que se mencionan en la pregunta número 2, ¿la legislación de su Estado admite la defensa en los casos siguientes?:

- a) La eximente de («tu quoque»). En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?
- b) La eximente de haber actuado en el contexto de represalias legítimas. En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?
- c) La eximente de haber actuado a causa de una necesidad militar. En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?
- d) La eximente de haber actuado en estado de necesidad. En caso afirmativo, ¿en qué condiciones?
- e) Cualquier otro tipo de eximente.

## Contestación

a) Como se ha resaltado en otras respuestas, tanto el Código Penal común como el Código Penal Militar tratan, respectivamente, el primero de ellos el delito de genocidio (artículo 607) y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (artículos 608 al 616) y el Código Penal Militar los delitos contra las leyes y usos de la guerra (artículos 69 al 78). No hay un tratamiento específico de los delitos o crímenes contra la humanidad del artículo 7 del Estatuto de Roma, aunque alguno de sus tipos podría encuadrarse en alguna medida en los descritos.

En relación a la primera de las cuestiones, o lo que es lo mismo a la defensa o excusa basada en la acusación de haber cometido la otra parte la misma conducta «tu quoque», no se regula de manera concreta en nuestro Derecho, a salvo de connotaciones o paralelismos con la legítima defensa o con las represalias, éstas últimas en el seno de la regulación de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (artículos 608 al 614 Código Penal). Por ello, habida cuenta de que estos otros conceptos están contemplados en otras cuestiones, no procede mayor análisis.

b) Como decíamos anteriormente hay algunos preceptos del Código Penal que aluden al concepto de represalia y a su incidencia. En este sentido el artículo 611.1.º se refiere a la realización de «ataques indiscriminados o excesivos» o a hacer objeto a la población civil de «represalias o actos o amenazas de violencia». El número 2.º se refiere a destruir o dañar buques o aeronaves «innecesariamente» y el número 7.º a «impedir o demorar injustificadamente la liberación de prisioneros». Por su parte, el artículo 613 establece tipos de represalias contra bienes culturales, con la posibilidad extrema de justificación en los casos de «ventaja militar definida», (613.1.b) o en supuesto de «utilización de tales bienes por la parte adversa en apoyo directo de una acción militar» (apartados c) y d).

En todos los casos el tratamiento de la represalia está vinculado al cumplimiento de las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y, por tanto, a las obligaciones dimanantes de los Convenios de Ginebra y de los Protocolos.

En consecuencia, la comprensión de la represalia deberá enmarcarse de manera estricta en situaciones dimanantes de su necesidad y de la proporcionalidad de los medios empleados, siempre con extrema protección de los objetivos no militares y de la población civil. La interpretación de los preceptos en nuestros Códigos ha de verificarse por imperativo de su propio tenor y referencias específicas de conformidad con los expresados Convenios Internacionales y las restantes normas de derecho internacional (sobre genocidio, torturas, etc.), y demás normas sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario que en su generalidad están ratificadas por nuestro país.

c) La respuesta ha de considerarse similar a la anterior. Su tratamiento en nuestro Derecho se reduce al ámbito de los delitos en caso de conflicto armado, contra las leyes y usos de la guerra. Tanto en el Código Penal como en el Código Penal Militar vienen a contemplarse situaciones de necesidad militar, a veces con expresiones muy esclarecedoras. Por ejemplo, en el Código Penal Militar, el artículo 70 se refiere a sufrimien-

tos «innecesarios o daños superfluos», en los métodos de combate; el artículo 73 al saqueo, incendio o daños «sin exigirlo las necesidades de la guerra», y el artículo 77.7.º a destruir o deteriorar patrimonio cultural «sin que lo exijan las necesidades de la guerra». En el Código Penal, el artículo 610 también recoge el tipo de métodos o medios de combate que causen «sufrimientos innecesarios o males superfluos»; el 611.1.º los ataques «indiscriminados o excesivos»; el 611.2 la destrucción o daño causado «innecesariamente»; el 611.7 a impedir o demorar la liberación de prisioneros «injustificadamente»; con supuestos similares en relación a los bienes culturales (artículo 613).

De cualquier forma, en todos los casos, los requisitos y circunstancias deben de ser específicamente las que regulan la necesidad militar y la exigencia de proporcionalidad en la acción en el Derecho de Ginebra.

Todo ello significa que, conforme a nuestra Legislación, entendemos que existe una absoluta coherencia en la aplicabilidad de criterios coincidentes con los del Estatuto de Roma, tanto en el tipo penal de genocidio como en todos los tipos penales de crímenes de guerra o en caso de conflicto armado, toda vez que además de nuestra legislación interna que hemos contemplado a grandes rasgos, los aspectos conceptuales de necesidad militar, proporcionalidad en los medios, interdicción de cualquier tipo de mal o daño superfluo y respeto a los derechos humanos, normas de derecho internacional establecidas en los Convenios internacionales y, en general, prescripciones de Derecho Internacional Humanitario, están integrados en línea directa o indirecta por remisión, en la normativa española, al margen de nuestra vinculación por ratificación de los Tratados y Convenios.

Independientemente, si será precisa una introducción de los delitos o crímenes de lesa humanidad, en la medida al menos en la que no están incluidos como crímenes de guerra, aunque evidentemente existen tipos comunes paralelos en realidad a cada uno de ellos.

d) El estado de necesidad constituye en nuestro derecho un supuesto de exención de la responsabilidad criminal específico previsto en el número 5.º del artículo 20 del Código Penal, en el que se establece la siguiente definición: «El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o anejo lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; tercero: Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Difícilmente podrá encontrarse un supuesto de aplicabilidad de esta circunstancia eximente de responsabilidad criminal en los delitos de genocidio, en los crímenes contra la humanidad y en los crímenes de guerra. Entendemos, por consiguiente, que la posibilidad no es susceptible de ser asumida como factible, si consideramos la cuestión partiendo de la expresada circunstancia eximente.

Sin embargo, tal vez, pueda entroncarse dentro de la pregunta planteada la problemática referente a la denominada «necesidad militar» o más concretamente «necesidad militar imperativa», supuesto en el que la consecución de un objetivo militar puede posibilitar la necesidad de una acción aún en el caso de que pueda lesionar derechos o afectar a bienes jurídicamente protegidos. Toda la doctrina sobre la necesidad militar debe obviamente enfocarse desde un punto de vista totalmente restrictivo, tal como se asume en el Derecho de Ginebra y tal como está interpretada por la práctica y la doctrina española. En cualquier caso, su admisibilidad habría de verificarse siempre dentro de las coordenadas del Derecho Internacional que forma parte de las fuentes del Derecho Español.

e) Entendemos que el enfoque de las mismas, de conformidad con lo que hemos desarrollado ha de realizarse desde el punto de vista del Derecho de Ginebra y demás normas de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Internacional General, remitiéndonos a los anteriores apartados y al resto del cuestionario.

Agustín Corrales Elizondo

## **12. Delitos contra la administración de justicia**

a) De acuerdo con el sistema legal de su Estado, ¿se consideran delitos cada uno de los seis tipos de conducta que se mencionan en el artículo 70 (1) del Estatuto de la CPI?

b) ¿En qué condiciones podrían los tribunales de su Estado tener jurisdicción sobre esos tipos de delito?

### **Contestación**

a) Sí podemos afirmar que los seis tipos del artículo 70.1 del Estatuto están incluidos en nuestro Derecho Penal. Dichos tipos son los de falso testimonio, presentación de pruebas falsas a sabiendas; corrupción de testigo u obstrucción o interferencia de su testimonio o represalias contra el

mismo; trabas o corrupción de funcionario del Tribunal para obligarlo o inducirlo a que cumpla sus funciones; represalias contra un funcionario del Tribunal y, por último, solicitud de la aceptación de soborno en calidad de funcionario de Tribunal.

El falso testimonio, en sus diversas modalidades está previsto en los artículos 468 y siguientes del Código Penal, dentro de los cuales concurren los tipos de presentación de testigos falsos o, en su caso pruebas (artículo 461). Las corrupciones de testigos o de peritos o intérpretes se darían por inducción también en el tipo del artículo 468, cuyo número tercero además extiende las penas al falso testimonio que se preste «ante Tribunales Internacionales», con inclusión de los testimonios realizados en España en virtud de Comisión rogatoria.

La corrupción de funcionario en el ámbito judicial podría dar lugar a alguna de las formas de prevaricación de los artículos 446 y siguientes del Código Penal, si bien son de citar también los tipos de los artículos 463 y siguientes, aunque se centren más en la conducta de obstrucción a la justicia verificada por Abogado o Procurador.

De cualquier forma los delitos de los apartados d), e) y f) del artículo 70.1 del Estatuto pueden tener también encaje en las diversas modalidades de delito contra la Administración Pública cometido por funcionarios, tales como la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (artículos 413 a 418); cohecho (artículos 419 a 427); tráfico de influencias (artículos 428 a 431) e incluso en algunas de las modalidades de malversación, según los casos. Es decir, aunque no se encontrase de manera específica algunos de los tipos expresados en los delitos contra la Administración de Justicia, estarían entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función.

b) Ya hemos aludido a que en el falso testimonio existe un tipo concreto en el que se configura la conducta de quienes lo presten ante Tribunales internacionales reconocidos conforme a las ratificaciones verificadas por el Estado Español y, por tanto existiría en multitud de casos posibilidad de enjuiciamiento ante Tribunales Españoles incluso de conductas previstas en el artículo 70 como delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.

Por consiguiente, en principio existe esa posibilidad planteada en la cuestión de acuerdo con nuestra situación interna y habría que acudir para el enjuiciamiento a los criterios específicos de competencia y de perseguibilidad del delito de que se trate. Todo ello sin perjuicio de la asunción por parte de España de las condiciones de la cooperación internacional con la Corte respecto de las actuaciones que la misma realice de conformidad

con el artículo 70, colaboración que se practicará con aplicación del derecho interno del Estado Español, de acuerdo con las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Agustín Corrales Elizondo

## PARTE II. DERECHO PROCESAL

### 13. Deber de investigar

Si alguno de los delitos que se mencionan en la pregunta número 2 llega a conocimiento de las autoridades de su Nación, ¿tienen estas autoridades obligación de investigar y, si fuera posible, enjuiciar el caso, o es discrecional el procesamiento por razones de interés nacional, o intereses de la justicia?

#### Contestación

Sí, las autoridades nacionales españolas (Policía, Fiscales y Jueces, y toda Autoridad) están obligadas a investigar y perseguir los crímenes mencionados en la pregunta 2 (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

No, nadie tiene la facultad de alegar razones de interés nacional (razón de Estado) ni de Justicia para ocultar tales crímenes.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

### 14. Investigaciones por autoridades extranjeras

En relación con esos tipos de delito, y de conformidad con la legislación nacional de su Estado:

a) ¿Se permite a las autoridades de un Estado extranjero llevar a cabo investigaciones en el territorio de su Estado?

b) ¿Se permite a las autoridades de la CPI llevar a cabo investigaciones en el territorio de su Estado?

c) ¿Se permite a los abogados e investigadores llevar a cabo investigaciones en el territorio de su Estado, para la defensa de un acusado?

## **Contestación**

- a) Sí, previo acuerdo expreso de colaboración policial o judicial con el Estado extranjero.
- b) Sí, en los términos previstos en el Estatuto de la CPI y Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.
- c) Sí, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

## **15. Presencia en las investigaciones**

En el caso de que, en relación con esos delitos, y a petición de un Estado extranjero, o de la CPI, se estén llevando a cabo investigaciones en el territorio de su Estado:

- a) ¿Tienen derecho las autoridades de ese Estado extranjero, o de la CPI, a estar presentes o tomar parte en las investigaciones?
- b) ¿Tienen derecho los abogados que defienden a un acusado a estar presentes en las investigaciones y a efectuar preguntas?

## **Contestación**

- a) Sí, a través de «comisión rogatoria» de este Estado extranjero, o reglas de colaboración del Estatuto de la CPI, y conforme a las normas de la acusación particular de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.
- b) Sí, de acuerdo con el ejercicio del derecho de defensa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

## **16. Reunión de pruebas y transferencia de testigos**

En relación con esos delitos, ¿están las autoridades de su Estado obligadas, de conformidad con la legislación de su Estado (y, en caso afirmativo, en qué condiciones) a obtener y/o remitir pruebas, y/o transferir testigos con carácter forzoso, en los casos siguientes?:

- a) A petición de un Estado extranjero.

b) A petición del acusador de la CPI, si el Consejo de Seguridad le ha remitido una situación.

c) A petición del acusador de la CPI, si un Estado Miembro le ha remitido una situación.

d) A petición del acusador de la CPI, si está actuando *motu proprio*.

### **Contestación**

a) Sí, previa «comisión rogatoria» de ese Estado extranjero.

b) Sí, de acuerdo con la Parte IX del Estatuto de la CPI y su artículo 54.

c) Sí, de acuerdo con la Parte IX del Estatuto de la CPI y su artículo 54.

d) Sí, de acuerdo con la Parte IX del Estatuto de la CPI y su artículo 54.

Luis Bernardo Alvarez Roldán

## **17. Otras formas de cooperación**

¿Contempla el sistema legal de su Estado la posibilidad de cumplir con todos y cada uno de los tipos de asistencia que le puedan ser solicitados por la CPI, que se mencionan en el artículo 93 (1)?

### **Contestación**

El artículo 93 del Estatuto de la Corte prevé un conjunto de obligaciones específicas de cooperación y asistencia judicial entre el Estado, en este caso español, y la Corte Penal Internacional, de marcado carácter procesal, y en concreto, en el ámbito de una investigación o enjuiciamiento en curso, así como tramitación y divulgación de documentos e información, y práctica de la prueba testifical.

Si partimos de la base de que las medidas previstas en el artículo 93.1. son plenamente conformes con nuestro Derecho procesal interno, una vez que nuestro Estado ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, el artículo 93 de nuestra Constitución ampara la cesión del ejercicio de potestades jurisdiccionales a favor de la Corte Penal Internacional, y la autoridad central competente para tramitar las solicitudes de cooperación, remitidas por aquélla, será previsiblemente el Ministerio de Justicia, sin perjuicio de la intervención previa del Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando la solicitud se tramite por vía diplomática y sin menoscabo de que la cooperación se efectúe

por los órganos de la Audiencia Nacional, en el ámbito de sus competencias exclusivas.

A tal conclusión se llega por analogía con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la Cooperación con el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, donde se establece que el Ministerio de Justicia es la Autoridad central competente para tramitar las solicitudes de cooperación con el Tribunal Internacional y los órganos de la Audiencia Nacional, en el ámbito de sus respectivas competencias, serán exclusivamente competentes para la cooperación con el Tribunal Internacional.

Asimismo, el proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal, preveía en su artículo 5 quiénes serían las autoridades competentes para la ejecución de la cooperación, en un sentido muy parecido al ahora expuesto.

David Suárez Leoz

## **18. Arresto y entrega**

a) En relación con los delitos que se mencionan en la pregunta 2, ¿está obligado su Estado, a petición de la CPI, a arrestar o entregar a un presunto autor (incluso aunque sea nacional de su Estado)?

b) ¿Qué opciones tiene un presunto autor para recusar ese arresto o la entrega?

## **Contestación**

a) Sí, España tiene la obligación de proceder a la detención de persona inculpada por la Corte, y siempre de acuerdo con el Derecho interno español, por lo que la Audiencia Nacional, y en concreto el Juzgado Central de tal órgano judicial —en principio competente para la tramitación de tales solicitudes, por analogía con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la citada Ley Orgánica de cooperación con el TPIY— deberá verificar si la detención se ha efectuado conforme a los derechos fundamentales constitucionalmente amparados, y se han respetado las garantías procesales que nuestro ordenamiento reconoce a las personas investigadas o acusadas.

b) Nuestra Ley prevé para toda persona que ha sido objeto de detención, plantear de forma inmediata un procedimiento de «habeas corpus»,

por el que se someterá a la consideración del juez competente la posible ilegalidad de su detención, el cual podrá ordenar su puesta en libertad de forma inmediata, cuando considere que se ha vulnerado las normas procesales o derechos fundamentales del detenido. Asimismo, el propio Estatuto prevé la posibilidad de que el detenido impugne tal orden de detención, alegando excepción de cosa juzgada —y ello en virtud del principio de complementariedad de la Corte—.

David Suárez Leoz

## 19. Inmunidad

En relación con estos delitos, y bajo la legislación de su Estado, ¿el procesamiento es admisible, o inadmisibles, si el Estado de la nacionalidad del acusado le ha concedido amnistía?

### Contestación

Podría apreciarse una inicial contradicción entre el artículo 71 de nuestra Constitución, donde se establece la inviolabilidad de los Diputados y Senadores por opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, su inmunidad y la prohibición de que sean inculcados o procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva, y el artículo 27 del Estatuto, donde se establece la «improcedencia del cargo oficial». Sin embargo, y como señala el Dictamen del Consejo de Estado relativo al Estatuto de Roma, difícilmente el ejercicio de tal derecho por los parlamentarios podría suponer la comisión de delito competencia de la Corte, fuera de la instigación directa y pública al genocidio. Mayores dificultades puede plantear la inmunidad con respecto al ejercicio del derecho de voto por tales miembros de órganos parlamentarios, lo que ha dado lugar a la posible necesidad de plantear que tal protección expresa de la libertad de voto sea modificada tras la ratificación del Estatuto.

Con respecto a la inviolabilidad del Rey, recogida en el artículo 56.3 de nuestra Constitución, tenemos que afirmar que la irresponsabilidad penal del Monarca no se concibe sin su corolario esencial, esto es, la responsabilidad del Presidente del Gobierno o miembro de éste que refrenda tal decisión y, por ello, es el que incurriría en la eventual «responsabilidad penal individual» prevista en el Estatuto.

Por último, no podemos obviar la posible inmunidad de jurisdicción que plantea la presencia de fuerzas armadas de otros países presentes en

nuestro territorio, como es el caso español en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de Norteamérica, sobre cooperación para la defensa, así como el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus fuerzas de 19 de junio de 1951, ya que en ambos casos se reconoce la necesidad de contar con el consentimiento del Estado que envía, lo que significa la prioridad de la jurisdicción de dicho Estado sobre la del Estado donde se hallan estacionadas las fuerzas militares, de tal forma que se requiere el consentimiento del Estado que envía antes de proceder a entregar la persona buscada a la Corte. Tal previsión, sin embargo, no se opone al propio Estatuto, ya que el artículo 98 prevé la posibilidad de no obligar a los Estados a actuar de manera incompatible con otras obligaciones internacionales.

David Suárez Leoz

## **20. Amnistía**

En relación con estos delitos, y bajo la legislación de su Estado ¿el procesamiento es admisible, o inadmisibles, si el Estado de la nacionalidad del acusado le ha concedido amnistía?

### **Contestación**

La Constitución Española prohíbe expresamente la concesión de los indultos generales, por lo que sólo son admisibles los indultos particulares que pueden acordarse de conformidad con el artículo 130-3.º del Código Penal español.

La amnistía no está prevista en el Código Penal español como causa de extinción de la responsabilidad penal, ni tampoco expresamente prohibida por la Constitución. De forma que teóricamente es posible una amnistía, pero sería necesario aprobarla por una ley que expresamente la regule.

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular la competencia de los Tribunales Penales españoles por delitos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, no hace alusión alguna a la amnistía como circunstancia que pudiera impedir la persecución de determinados delitos susceptibles de tipificarse según la ley penal española.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 21. Tribunal de enjuiciamiento

De conformidad con la legislación de su Estado y teniendo en cuenta el artículo 84 de la 3.<sup>a</sup> Convención de Ginebra, ¿podrá ser enjuiciado un presunto autor de alguno de los delitos que se mencionan en la pregunta número 2, por alguno de los siguientes tribunales?:

- a) Un tribunal penal ordinario.
- b) Un tribunal militar.
- c) Un tribunal especial.

¿Algunos de los derechos que se establecen en el artículo 67 del Estatuto, se tratan de manera deficiente en alguno de los tribunales citados anteriormente?

### Contestación

Conforme al artículo 13.4 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar, los diversos crímenes previstos en los artículos 5, 6, 7 y 8 del Estatuto de Roma, a los que se refiere la pregunta 2 del presente cuestionario, cuando hayan sido presuntamente cometidos por un prisionero de guerra serán juzgados por un Tribunal Militar perteneciente a la Jurisdicción Castrense. Los Tribunales Militares en España están integrados en el Poder Judicial del Estado y reúnen las garantías establecidas en el Derecho Internacional Humanitario, particularmente en el III Convenio de Ginebra.

Todos los derechos del acusado establecidos en el artículo 67 del Estatuto de Roma, están garantizados ante los Tribunales de la Jurisdicción Militar española por los artículos correspondientes de la Constitución Española de 1978, Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar y por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicable subsidiariamente por los Tribunales Militares.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 22. Reglas de la prueba

De acuerdo con las normas probatorias de su Estado, ¿es legalmente posible que se condene a una persona por un delito de este tipo, con base únicamente, en alguna de las siguientes evidencias?:

- a) Evidencia por referencia —testimonio de oídas—.
- b) Prueba documental.

## Contestación

a) En el Derecho procesal penal español ninguna regla escrita excluye a los «hechos notorios» o de «común notoriedad» de la necesidad de prueba. Ahora bien, la doctrina entiende que el mismo concepto de «notoriedad» implica que estos hechos no constituyen objeto de la prueba, siempre que la notoriedad tenga carácter absoluto y general.

Sin embargo esto no significa que una persona pueda ser declarada culpable de un crimen únicamente sobre la base de la prueba por hechos notorios. La presunción de inocencia, reconocida por el artículo 24 de la Constitución Española, crea exigencias de prueba plena de todos los hechos que fundamentan la acusación, evitando que las sospechas e indicios puedan convertirse en injerencias presuntivas de culpabilidad contra el acusado.

En el proceso penal español todos los hechos son formalmente controvertidos y, por tanto, cuando se afirman en la acusación los cargos están necesitados de prueba, por lo que no sería posible una condena penal basada únicamente en la prueba por «común notoriedad», que resultaría insuficiente para destruir la presunción de inocencia y demostrar la certeza de todos los hechos relevantes para la condena, es decir la totalidad de los elementos constitutivos del delito y de la participación del acusado.

b) La doctrina constitucional española es clara al diferenciar entre «los actos de investigación» y las auténticas pruebas. Únicamente éstas pueden servir de fundamento a una sentencia condenatoria y sólo son auténticas pruebas las que se practican en el juicio oral ante el propio Tribunal. El artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que son las pruebas prácticas en el juicio las únicas que puede apreciar el Tribunal según su conciencia, para dictar sentencia.

Incluso la prueba documental debe ser reproducida en el momento del juicio oral y sometida al contraste de su autenticidad formal y material, dando a las partes la oportunidad de impugnarla y la posibilidad de contradicción por medio de pruebas testificales o periciales.

Únicamente se excepcionan los supuestos de pruebas escritas preconstituidas y anticipadas, que sólo se admiten respecto de los actos de investigación sumarial (con constancia por escrito) respecto de los cuales se prevea la imposible reproducción en el juicio oral (por ejemplo: el fallecimiento de un testigo de cargo que ha declarado ante el Juez en el sumario), siempre que se de lectura pública de la prueba escrita en el acto del juicio oral y se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción.

En este caso excepcional, la prueba escrita preconstituida, anticipada y reproducida en el juicio oral puede servir de fundamento para una condena penal.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

### **23. Protección de testigos**

En relación con los delitos que se mencionan en la pregunta número 2, ¿facilita su legislación nacional que el testimonio sea prestado por testigo anónimo? ¿De qué otros medios de protección de testigos se dispone?

#### **Contestación**

El derecho procesal penal español admite y regula la deposición de testigos anónimos. La Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, establece en sus artículos 1 y 2 que, cuando la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes del testigo, podrá adoptar las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado. Concretamente se podrán adoptar medidas para que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que lo identifique, pudiéndose utilizar un número o cualquier otra clave. También se podrá acordar que tales testigos comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

Otros medios de protección de los testigos, previstos en los artículos 2 y 3 de la citada Ley Orgánica 19/1994, son: a) la fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial y que éste las haga llegar reservadamente al testigo; b) impedir que hagan al testigo fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento; c) otorgar al testigo protección policial; d) facilitarle documentos con una nueva identidad y medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo; e) trasladar a los testigos en vehículos oficiales hasta las dependencias judiciales y regreso, facilitándoles un lugar reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 24. Protección de la información relativa a la seguridad nacional

¿Su legislación nacional, proporciona una base adecuada para actuar de manera cooperativa en los pasos que se mencionan en el artículo 72 (5) del Estatuto de la CPI? En caso afirmativo, ¿cómo?

### Contestación

La legislación española no ha previsto, en el momento actual, la regulación expresa de los trámites de cooperación establecidos en el artículo 72 (5) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## 25. Ejecución de sentencias

a) ¿Permite su legislación nacional la ejecución de multas y confiscaciones ordenadas por el Tribunal de conformidad con el artículo 109?

b) ¿Es probable que su Estado indique al Tribunal su buena voluntad para aceptar a personas sentenciadas bajo el Artículo 103?

### Contestación

a) Al encontrarse previstas en el Código Penal español de 1995 las penas de multa y el decomiso, no existe inconveniente alguno para que se puedan ejecutar en España las multas y órdenes de decomiso acordadas por la Corte Penal Internacional de conformidad con el artículo 109 del Estatuto.

b) El Reino de España, al ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 103.1.b) del Estatuto, formuló la siguiente Declaración: *«España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española».*

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

### 3.3 ESTADOS PARTES EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

#### CUADRO DE LOS ESTADOS PARTES EN LOS CONVENIOS DE GINEBRA Y EN SUS PROTOCOLOS ADICIONALES

La presente lista se basa en las informaciones recibidas por parte del **Departamento Federal de Asuntos Exteriores** de la Confederación Suiza, que es depositario de dichos Convenios.

NOTA. Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (31 de diciembre de 2002).

PAÍS	CONVENCIONES	PROTOCOLO		PROTOCOLO			
	DE GINEBRA	I		II			
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D
Afganistán	26.09.1956.	R -	-	-	-	-	-
Albania	27.05.1957.	R X	16.07.1993.	A -	-	16.07.1993.	A -
Alemania	03.09.1954.	A X	14.02.1991.	R X	14.02.1991.	14.02.1991.	R X
Andorra	17.09.1993.	A	-	-	-	-	-
Angola	20.09.1984.	A X	20.09.1984.	A X	-	-	-
Antigua y Barbuda	06.10.1986.	S -	06.10.1986.	A -	-	06.10.1986.	A -
Arabia Saudita	18.05.1963.	A -	21.08.1987.	A X	-	28.11.2001	A -
Argelia	20.06.1960.;03.07.1962.	A -	16.08.1989.	A X	16.08.1989.	16.08.1989.	A -
Argentina	18.09.1956.	R -	26.11.1986.	A X	11.10.1996.	26.11.1986.	A X
Armenia	07.06.1993.	A -	07.06.1993.	A -	-	07.06.1993.	A -
Australia	14.10.1958.	R X	21.06.1991.	R X	23.09.1992.	21.06.1991.	R -

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I		PROTOCOLO II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D
Austria	27.08.1953.	R -	13.08.1982.	R X	13.08.1982.	13.08.1982.	R X
Azerbaiyán	01.06.1993.	A -	-	- -	-	-	- -
Bahamas	11.07.1975.	S -	10.04.1980.	A -	-	10.04.1980.	A -
Bahrein	30.11.1971.	A -	30.10.1986.	A -	-	30.10.1986.	A -
Bangladesh	04.04.1972.	S X	08.09.1980.	A -	-	08.09.1980.	A -
Barbados	10.09.1968.	S X	19.02.1990.	A -	-	19.02.1990.	A -
Belarús	03.08.1954.	R	23.10.1989.	R -	23.10.1989.	23.10.1989.	R -
Bélgica	03.09.1952.	R -	20.05.1986.	R X	27.03.1987.	20.05.1986.	R -
Belice	29.06.1984.	A -	29.06.1984.	A -	-	29.06.1984.	A -
Benin	14.12.1961.	S -	28.05.1986.	A -	-	28.05.1986.	A -
Bhután	10.01.1991.	A -	-	- -	-	-	- -
Bolivia	10.12.1976.	R -	08.12.1983.	A -	10.08.1992.	08.12.1983.	A -
Bosnia- Herzegovina	31.12.1992.	S -	31.12.1992.	S -	31.12.1992.	31.12.1992.	S -
Botswana	29.03.1968.	A -	23.05.1979.	A -	-	23.05.1979.	A -
Brasil	29.06.1957.	R -	05.05.1992.	A -	23.11.1993.	05.05.1992.	A -
Brunei Darussalam	14.10.1991.	A -	14.10.1991.	A -	-	14.10.1991.	A -
Bulgaria	22.07.1954.	R -	26.09.1989.	R -	09.05.1994.	26.09.1989.	R -
Burkina Faso	07.11.1961.	S -	20.10.1987.	R -	-	20.10.1987.	R -
Burundi	27.12.1971.	S -	10.06.1993.	A -	-	10.06.1993.	A -
Cabo Verde	11.05.1984.	A -	16.03.1995.	A -	16.03.1995.	16.03.1995.	A -
Camboya	08.12.1958.	A -	14.01.1998	A -	-	14.01.1998	A -
Camerún	16.09.1963.	S -	16.03.1984.	A -	-	16.03.1984.	A -
Canadá	14.05.1965.	R -	20.11.1990.	R X	20.11.1990.	20.11.1990.	R X
Chad	05.08.1970.	A -	17.01.1997	A -	-	17.01.1997	A -
Chile	12.10.1950.	R -	24.04.1991.	R -	24.04.1991.	24.04.1991.	R -
China	28.12.1956.	R X	14.09.1983.	A X	-	14.09.1983.	A -
Chipre	23.05.1962.	A -	01.06.1979.	R -	14.10.2002	18.03.1996.	A -
Colombia	08.11.1961.	R -	01.09.1993.	A -	17.04.1996.	14.08.1995.	A -
Comoras	21.11.1985.	A -	21.11.1985.	A -	-	21.11.1985.	A -
Congo	04.02.1967.	S -	10.11.1983.	A -	-	10.11.1983.	A -
Congo (Rep. Dem.)	24.02.1961.	S -	03.06.1982.	A -	12.12.2002	12.12.2002	A -
Corea (República de)	16.08.1966.	A X	15.01.1982.	R X	-	15.01.1982.	R -
Corea (Rep.Pop.Dem.)	27.08.1957.	A X	09.03.1988.	A -	-	-	- -
Costa Rica	15.10.1969.	A -	15.12.1983.	A -	02.12.1999	15.12.1983.	A -
Côte d'Ivoire	28.12.1961.	S -	20.09.1989.	R -	-	20.09.1989.	R -
Croacia	11.05.1992.	S -	11.05.1992.	S -	11.05.1992.	11.05.1992.	S -

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D	
	Cuba	15.04.1954.	R -	25.11.1982.	A -	-	23.06.1999	A -
Dinamarca	27.06.1951.	R -	17.06.1982.	R X	17.06.1982.	17.06.1982.	R -	
Djibouti	06.03.1978.	S -	08.04.1991.	A -	-	08.04.1991.	A -	
Dominica	28.09.1981.	S -	25.04.1996.	A -	-	25.04.1996.	A -	
Ecuador	11.08.1954.	R -	10.04.1979.	R -	-	10.04.1979.	R -	
Egipto	10.11.1952.	R -	09.10.1992.	R X	-	09.10.1992.	R X	
El Salvador	17.06.1953.	R -	23.11.1978.	R -	-	23.11.1978.	R	
Emiratos Arabes Unidos	10.05.1972.	A -	09.03.1983.	A X	06.03.1992.	09.03.1983.	A X	
Eritrea	14.08.2000	A						
Eslovenia	26.03.1992.	S -	26.03.1992.	S -	26.03.1992.	26.03.1992.	S -	
España	04.08.1952.	R -	21.04.1989.	R X	21.04.1989.	21.04.1989.	R -	
Estados Unidos de América	02.08.1955.	R X	-	- -	-	-	- -	
Estonia	18.01.1993.	A -	18.01.1993.	A -	-	18.01.1993.	A -	
Etiopía	02.10.1969.	R -	08.04.1994.	A -	-	08.04.1994.	A -	
Fiji	09.08.1971.	S -	-	- -	-	-	- -	
Filipinas	06.10.1952.	R -	-	- -	-	11.12.1986.	A -	
Finlandia	22.02.1955.	R -	07.08.1980.	R X	07.08.1980.	07.08.1980.	R -	
Francia	28.06.1951.	R -	11.04.2001	A X	-	24.02.1984.	A X	
Gabón	26.02.1965.	S -	08.04.1980.	A -	-	08.04.1980.	A -	
Gambia	20.10.1966.	S -	12.01.1989.	A -	-	12.01.1989.	A -	
Georgia	14.09.1993.	A -	14.09.1993.	A -	-	14.09.1993.	A -	
Ghana	02.08.1958.	A -	28.02.1978.	R -	-	28.02.1978.	R -	
Granada	13.04.1981.	S -	23.09.1998	A -	-	23.09.1998	A -	
Grecia	05.06.1956.	R -	31.03.1989.	R -	04.02.1998	15.02.1993.	A -	
Guatemala	14.05.1952.	R -	19.10.1987.	R -	-	19.10.1987.	R -	
Guinea	11.07.1984.	A -	11.07.1984.	A -	20.12.1993.	11.07.1984.	A -	
Guinea-Bissau	21.02.1974.	A X	21.10.1986.	A -	-	21.10.1986.	A -	
Guinea Ecuatorial	24.07.1986.	A -	24.07.1986.	A -	-	24.07.1986.	A -	
Guyana	22.07.1968.	S -	18.01.1988.	A -	-	18.01.1988.	A -	
Haití	11.04.1957.	A -	-	- -	-	-	- -	
Honduras	31.12.1965.	A -	16.02.1995.	R -	-	16.02.1995.	R -	
Hungría	03.08.1954.	R -	12.04.1989.	R -	23.09.1991.	12.04.1989.	R -	
India	09.11.1950.	R -	-	- -	-	-	- -	
Indonesia	30.09.1958.	A -	-	- -	-	-	- -	
Irak	14.02.1956.	A -	-	- -	-	-	- -	
Irán	20.02.1957.	R X	-	- -	-	-	- -	

PAÍS	CONVENCIONES		PROTOCOLO		PROTOCOLO		
	DE GINEBRA		I		II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D
Irlanda	27.09.1962.	R -	17.05.1999	R X	17.05.1999	17.05.1999	R X
Islandia	10.08.1965.	A -	10.04.1987.	R X	10.04.1987.	10.04.1987.	R -
Islas Cook	11.06.2001	S -	07.05.2002	A -	07.05.2002	07.05.2002	A
Israel	06.07.1951.	R X	-	- -	-	-	- -
Italia	17.12.1951.	R -	27.02.1986.	R X	27.02.1986.	27.02.1986.	R -
Jamahiriya Arabe Libia	22.05.1956.	A -	07.06.1978.	A -	-	07.06.1978.	A -
Jamaica	20.07.1964.	S -	29.07.1986.	A -	-	29.07.1986.	A -
Japón	21.04.1953.	A -	-	- -	-	-	- -
Jordania	29.05.1951.	A -	01.05.1979.	R -	-	01.05.1979.	R -
Kazajistán	05.05.1992.	S -	05.05.1992.	S -	-	05.05.1992.	S -
Kenya	20.09.1966.	A -	23.02.1999	A -	-	23.02.1999	A -
Kirguizistán	18.09.1992.	S -	18.09.1992.	S -	-	18.09.1992.	S -
Kiribati	05.01.1989.	S -	-	- -	-	-	- -
Kuwait	02.09.1967.	A X	17.01.1985.	A -	-	17.01.1985.	A -
Lao (Rep.Dem.Pop.)	29.10.1956.	A -	18.11.1980.	R -	30.01.1998	18.11.1980.	R -
Lesoto	20.05.1968.	S -	20.05.1994.	A -	—	20.05.1994.	A -
Letonia	24.12.1991.	A -	24.12.1991.	A -	-	24.12.1991.	A -
Líbano	10.04.1951.	R -	23.07.1997	A -	-	23.07.1997	A -
Liberia	29.03.1954.	A -	30.06.1988.	A -	-	30.06.1988.	A -
Liechtenstein	21.09.1950.	R -	10.08.1989.	R X	10.08.1989.	10.08.1989.	R X
Lituania	03.10.1996.	A -	13.07.2000	A -	13.07.2000	13.07.2000	A -
Luxemburgo	01.07.1953.	R	29.08.1989.	R -	12.05.1993.	29.08.1989.	R -
Macedonia	01.09.1993.	S X	01.09.1993.	S X	01.09.1993.	01.09.1993.	S -
Madagascar	13.07.1963.	S -	08.05.1992.	R -	27.07.1993.	08.05.1992.	R -
Malasia	24.08.1962.	A -	-	- -	-	-	- -
Malawi	05.01.1968.	A -	07.10.1991.	A -	-	07.10.1991.	A -
Maldivas	18.06.1991.	A -	03.09.1991.	A -	-	03.09.1991.	A -
Mali	24.05.1965.	A -	08.02.1989.	A -	-	08.02.1989.	A -
Malta	22.08.1968.	S -	17.04.1989.	A X	17.04.1989.	17.04.1989.	A X
Marruecos	26.07.1956.	A -	-	- -	-	-	- -
Mauricio	18.08.1970.	S -	22.03.1982.	A -	-	22.03.1982.	A -
Mauritania	30.10.1962.	S -	14.03.1980.	A -	-	14.03.1980.	A -
México	29.10.1952.	R -	10.03.1983.	A -	-	-	- -
Micronesia	19.09.1995.	A -	19.09.1995.	A -	-	19.09.1995.	A -
Mónaco	05.07.1950.	R -	07.01.2000	A -	-	07.01.2000	A -
Mongolia	20.12.1958.	A -	06.12.1995.	R X	06.12.1995.	06.12.1995.	R -

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I		PROTOCOLO II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D
	Mozambique	14.03.1983.	A -	14.03.1983.	A -	-	12.11.2002
Myanmar	25.08.1992.	A -	-	- -	-	-	- -
Namibia	22.08.1991.	S -	17.06.1994.	A -	21.07.1994.	17.06.1994.	A -
Nepal	07.02.1964.	A -	-	- -	-	-	- -
Nicaragua	17.12.1953.	R -	19.07.1999	R -	-	19.07.1999	R -
Níger	21.04.1964.	S -	08.06.1979.	R -	-	08.06.1979.	R -
Nigeria	09.06.1961.	S -	10.10.1988.	A -	-	10.10.1988.	A -
Noruega	03.08.1951.	R -	14.12.1981.	R -	14.12.1981.	14.12.1981.	R -
Nueva Zelandia	02.05.1959.	R X	08.02.1988.	R X	08.02.1988.	08.02.1988.	R -
Omán	31.01.1974.	A -	29.03.1984.	A X	-	29.03.1984.	A X
Países Bajos	03.08.1954.	R -	26.06.1987.	R X	26.06.1987.	26.06.1987.	R -
Pakistán	12.06.1951.	R X	-	- -	-	-	- -
Palau	25.06.1996.	A -	25.06.1996.	A -	-	25.06.1996.	A -
Panamá	10.02.1956.	A -	18.09.1995.	R -	26.10.1999	18.09.1995.	R -
Papua Nueva Guinea	26.05.1976.	S -	-	- -	-	-	- —
Paraguay	23.10.1961.	R -	30.11.1990.	A -	30.01.1998	30.11.1990.	A -
Perú	15.02.1956.	R -	14.07.1989.	R -	-	14.07.1989.	R -
Polonia	26.11.1954.	R X	23.10.1991.	R -	02.10.1992.	23.10.1991.	R —
Portugal	14.03.1961.	R X	27.05.1992.	R -	01.07.1994.	27.05.1992.	R —
Qatar	15.10.1975.	A -	05.04.1988.	A X	24.09.1991	-	- -
Reino Unido	23.09.1957.	R X	28.01.1998	R X	17.05.1999	28.01.1998	R -
República Árabe Siria	02.11.1953.	R -	14.11.1983.	A X	-	-	- -
República Centroafricana	01.08.1966.	S -	17.07.1984.	A -	-	17.07.1984.	A —
República Checa	05.02.1993.	S X	05.02.1993.	S -	02.05.1995.	05.02.1993.	S
República de Moldova	24.05.1993.	A -	24.05.1993.	A -	-	24.05.1993.	A -
República Dominicana	22.01.1958.	A -	26.05.1994.	A -	-	26.05.1994.	A -
República Eslovaca	02.04.1993.	S -	02.04.1993.	S -	13.03.1995.	02.04.1993.	S -
Rumania	01.06.1954.	R	21.06.1990.	R -	31.05.1995.	21.06.1990.	R -
Rusia (Fed. de)	10.05.1954.	R X	29.09.1989.	R X	29.09.1989.	29.09.1989.	R X
Rwanda	05.05.1964.	S -	19.11.1984.	A -	08.07.1993.	19.11.1984.	A -
Saint Kitts y Nevis	14.02.1986.	S -	14.02.1986.	A -	-	14.02.1986.	A -
Salomón (Islas)	06.07.1981.	S -	19.09.1988.	A -	-	19.09.1988.	A -
Samoa	23.08.1984.	S -	23.08.1984.	A -	-	23.08.1984.	A -
San Marino	29.08.1953.	A -	05.04.1994.	R -	-	05.04.1994.	R -
San Vicente Granadinas	01.04.1981.	A -	08.04.1983.	A -	-	08.04.1983.	A -
Santa Lucía	18.09.1981.	S -	07.10.1982.	A -	-	07.10.1982.	A -

PAÍS	CONVENCIONES DE GINEBRA		PROTOCOLO I			PROTOCOLO II		
	R/A/S	R/D	R/A/S	R/D	D90	R/A/S	R/D	
Santa Sede	22.02.1951.	R -	21.11.1985.	R X	-	21.11.1985.	R X	
Santo Tomé y Príncipe	21.05.1976.	A -	05.07.1996.	A -	-	05.07.1996.	A -	
Senegal	18.05.1963.	S -	07.05.1985.	R -	-	07.05.1985.	R -	
Seychelles	08.11.1984.	A -	08.11.1984.	A -	22.05.1992.	08.11.1984.	A -	
Sierra Leona	10.06.1965.	S -	21.10.1986.	A -	-	21.10.1986.	A -	
Singapur	27.04.1973.	A -	-	- -	-	-	- -	
Somalia	12.07.1962.	A -	-	- -	-	-	- -	
Sri Lanka	28.02.1959.	R -	-	- -	-	-	- -	
Sudáfrica	31.03.1952.	A -	21.11.1995.	A -	-	21.11.1995.	A -	
Sudán	23.09.1957.	A -	-	- -	-	-	- -	
Suecia	28.12.1953.	R -	31.08.1979.	R X	31.08.1979.	31.08.1979.	R -	
Suiza	31.03.1950.	R -	17.02.1982.	R X	17.02.1982.	17.02.1982.	R -	
Suriname	13.10.1976.	S X	16.12.1985.	A -	-	16.12.1985.	A -	
Swazilandia	28.06.1973.	A -	02.11.1995.	A -	-	02.11.1995.	A -	
Tailandia	29.12.1954.	A -	-	- -	-	-	- -	
Tanzania (Rep.-Unida)	12.12.1962.	S -	15.02.1983.	A -	-	15.02.1983.	A -	
Tayikistán	13.01.1993.	S -	13.01.1993.	S -	10.09.1997	13.01.1993.	S -	
Togo	06.01.1962.	S	21.06.1984.	R -	21.11.1991.	21.06.1984.	R -	
Tonga	13.04.1978.	S -	—	- -	-	-	- -	
Trinidad y Tobago	24.09.1963.	A -	20.07.2001	A -	20.07.2001	20.07.2001	A -	
Túnez	04.05.1957.	A -	09.08.979.	R -	-	09.08.1979.	R -	
Turkmenistán	10.04.1992.	S -	10.04.1992.	S -	-	10.04.1992.	S -	
Turquía	10.02.1954.	R -	-	- -	-	-	- -	
Tuvalu	19.02.1981.	S -	-	- -	-	-	- -	
Ucrania	03.08.1954.	R X	25.01.1990.	R -	25.01.1990.	25.01.1990.	R -	
Uganda	18.05.1964.	A -	13.03.1991.	A -	-	13.03.1991.	A -	
Uruguay	05.03.1969.	R X	13.12.1985.	A -	17.07.1990.	13.12.1985.	A -	
Uzbekistán	08.10.1993.	A -	08.10.1993.	A -	-	08.10.1993.	A -	
Vanuatu	27.10.1982.	A -	28.02.1985.	A -	-	28.02.1985.	A -	
Venezuela	13.02.1956.	R -	23.07.1998	A -	-	23.07.1998	A -	
Viet Nam	28.06.1957.	A X	19.10.1981.	R -	-	-	- -	
Yemen	16.07.1970.	A X	17.04.1990.	R -	-	17.04.1990.	R -	
Yugoslavia	16.10.2001	S	16.10.2001	S	16.10.2001	16.10.2001	S -	
Zambia	19.10.1966.	A -	04.05.1995.	A -	-	04.05.1995.	A -	
Zimbabwe	07.03.1983.	A -	19.10.1992.	A -	-	19.10.1992.	A -	

## 7. TOTALES

Numero de Estados partes a los Convenios de Ginebra de 1949: 190  
Numero de Estados partes al Protocolo adicional I: 160  
Numero de Estados que han hecho la declaración del artículo 90: 63  
Numero de Estados partes al Protocolo adicional II: 155  
Numero de Estados miembros de las Naciones Unidas: 191

Estados miembros de la ONU o partes en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia que no son partes en los Convenios de Ginebra de 1949: MARSHALL, NAURU, TIMOR-LESTE.

## 8. LISTA CRONOLÓGICA DE LOS ESTADOS QUE HAN HECHO LA DECLARACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 90 DEL PROTOCOLO I

1. Suecia: 31.08.1979
2. Finlandia: 07.08.1980
3. Noruega: 14.12.1981
4. Suiza: 17.02.1982
5. Dinamarca: 17.06.1982
6. Austria: 13.08.1982
7. Italia: 27.02.1986
8. Bélgica: 27.03.1987
9. Islandia: 10.04.1987
10. Países Bajos: 26.06.1987
11. Nueva Zelanda: 08.02.1988
12. Malta: 17.04.1989
13. España: 21.04.1989
14. Liechtenstein: 10.08.1989
15. Argelia: 16.08.1989
16. Rusia (Fed. de): 29.09.1989
17. Belarús: 23.10.1989
18. Ucrania: 25.01.1990
19. Uruguay: 17.07.1990
20. Canadá: 20.11.1990
21. Alemania: 14.02.1991
22. Chile: 24.04.1991
23. Hungría: 23.09.1991

24. Qatar: 24.09.1991
25. Togo: 21.11.1991
26. Emiratos Arabes Unidos: 06.03.1992
27. Eslovenia: 26.03.1992
28. Croacia: 11.05.1992
29. Seychelles: 22.05.1992
30. Bolivia: 10.08.1992
31. Australia: 23.09.1992
32. Polonia: 02.10.1992
33. Bosnia-Herzegovina: 31.12.1992
34. Luxemburgo: 12.05.1993
35. Rwanda: 08.07.1993
36. Madagascar: 27.07.1993
37. Macedonia: 01.09.1993
38. Brasil: 23.11.1993
39. Guinea: 20.12.1993
40. Bulgaria: 09.05.1994
41. Portugal: 01.07.1994
42. Namibia: 21.07.1994
43. República Eslovaca: 13.03.1995
44. Cabo Verde: 16.03.1995
45. República Checa: 02.05.1995
46. Rumania: 31.05.1995
47. Mongolia: 06.12.1995
48. Colombia: 17.04.1996
49. Argentina: 11.10.1996
50. Tayikistán: 10.09.1997
51. Paraguay: 30.01.1998
52. Lao (Rep. dem. pop.): 30.01.1998
53. Grecia: 04.02.1998
54. Reino Unido: 17.05.1999
55. Irlanda: 19.05.1999
56. Panama: 26.10.1999
57. Costa Rica: 02.12.1999
58. Lituania: 13.07.2000
59. Trinidad y Tobago: 20.07.2001
60. Yugoslavia: 16.10.2001
61. Islas Cook: 07.05.2002
62. Chipre: 14.10.2002
63. Rep. Dem. de Congo: 12.12.2002

**ESTADOS PARTES EN LA CONVENCIÓN DE 1980,  
SOBRE PROHIBICIONES O RESTRICCIONES DEL EMPLEO  
DE CIERTAS ARMAS CONVENCIONALES QUE PUEDAN  
CONSIDERARSE EXCESIVAMENTE NOCIVAS O  
DE EFECTOS INDISCRIMINADOS**

NOTA. Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (31 de diciembre de 2002)

ESTADO	FECHA DE ADHESIÓN*	PROT. I (1980)	PROT. II (1980)	PROT. III (1980)	PROT. IV (1995)	PROT. II **ENMENDADO (1996)**	Modificación del artículo 1 (se aplica a los conflictos armados no internacionales)+
Albania	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	28.08.2002	
Alemania	25.11.92	25.11.92	25.11.92	25.11.92	27.6.97	2.5.97	
Argentina	2.10.95	2.10.95	2.10.95	2.10.95	21.10.98	21.10.98	
Australia	29.9.83	29.9.83	29.9.83	29.9.83	22.8.97	22.8.97	03.12.2002
Austria	14.3.83	14.3.83	14.3.83	14.3.83	27.7.98	27.7.98	

\* Un Estado es Parte en la Convención seis meses después del depósito del instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o sucesión.

\*\* El Protocolo surtirá efectos seis meses después de que el vigésimo Estado notifique al Depositario su intención de estar obligado por ese Protocolo.

+ Mediante la modificación del artículo 1, aprobada el 21 de diciembre de 2001, se amplía el ámbito de aplicación a los conflictos armados no internacionales. La modificación surtirá efectos seis meses después de que 20 Estados hayan depositado su instrumento de ratificación, de adhesión, etc. ante el secretario general de la ONU.

ESTADO	FECHA DE ADHESIÓN*	PROT. I (1980)	PROT. II (1980)	PROT. III (1980)	PROT. IV (1995)	PROT. II **ENMENDADO (1996)**	Modificación del artículo 1 (se aplica a los conflictos armados no internacionales)+
Bangladesh	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	
Belarús	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	13.9.2000		
Bélgica	7.2.95	7.2.95	7.2.95	7.2.95	10.3.99	10.3.99	
Benin	27.3.89	27.3.89	-	27.3.89			
Bolivia	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	21.09.2001	
Bosnia-Herzegovina	1.9.93	1.9.93	1.9.93	1.9.93	10.10.2001	7.9.2000	
Brasil	3.10.95	3.10.95	3.10.95	3.10.95	4.10.99	4.10.99	
Bulgaria	15.10.82	15.10.82	15.10.82	15.10.82	3.12.98	3.12.98	
Cabo Verde	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	16.9.97	
Camboya	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	25.3.97	
Canadá	24.6.94	24.6.94	24.6.94	24.6.94	5.1.98	5.1.98	22.07.2002
China	7.4.82	7.4.82	7.4.82	7.4.82	4.11.98	4.11.98	
Colombia	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	06.03.2000	
Costa Rica	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	17.12.98	
Croacia	2.12.93	2.12.93	2.12.93	2.12.93	25.04.2002	25.04.2002	
Cuba	2.3.87	2.3.87	2.3.87	2.3.87			
Chipre	12.12.88	12.12.88	12.12.88	12.12.88			
Checa, República	22.2.93	22.2.93	22.2.93	22.2.93	10.8.98	10.8.98	
Corea (Rep. de)	09.05.2001	09.05.2001	-	-	-	09.05.2001	
Dinamarca	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	30.4.97	30.4.97	
Ecuador	4.5.82	4.5.82	4.5.82	4.5.82	-	14.08.2000	
El Salvador	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	26.01.2000	
Eslovaquia	28.5.93	28.5.93	28.5.93	28.5.93	30.11.99	30.11.99	
Eslovenia	6.7.92	6.7.92	6.7.92	6.7.92	03.12.2002	03.12.2002	
España	29.12.93	29.12.93	29.12.93	29.12.93	19.1.98	27.1.98	
Estados Unidos	24.3.95	24.3.95	24.3.95			24.5.99	
Estonia	20.04.2000	20.04.2000	-	20.04.2000	20.04.2000	20.04.2000	
Filipinas	15.7.96	15.7.96	15.7.96	15.7.96	12.6.97	12.6.97	
Finlandia	8.5.82	8.5.82	8.5.82	8.5.82	11.1.96	3.4.98	
Francia	4.3.88	4.3.88	4.3.88	18.07.2002	30.6.98	27.7.98	10.12.2002
Ex República Yugoslava de Macedonia	30.12.96	30.12.96	30.12.96	30.12.96			

ESTADO	FECHA DE ADHESIÓN*	PROT. I (1980)	PROT. II (1980)	PROT. III (1980)	PROT. IV (1995)	PROT. II	Modificación del artículo I (se aplica a los conflictos armados no internacionales)+
						**ENMENDADO (1996)**	
Georgia	29.4.96	29.4.96	29.4.96	29.4.96			
Grecia	28.1.92	28.1.92	28.1.92	28.1.92	5.8.97	20.1.99	
Guatemala	21.7.83	21.7.83	21.7.83	21.7.83	30.08.2002	29.10.2001	
Hungría	14.6.82	14.6.82	14.6.82	14.6.82	30.1.98	30.1.98	27.12.2002
India	1.3.84	1.3.84	1.3.84	1.3.84	2.9.99	2.9.99	
Irlanda	13.3.95	13.3.95	13.3.95	13.3.95	27.3.97	27.3.97	
Israel	22.3.95	22.3.95	22.3.95	-	30.10.2000	30.10.2000	
Italia	20.1.95	20.1.95	20.1.95	20.1.95	13.1.99	13.1.99	
Japón	9.6.82	9.6.82	9.6.82	9.6.82	10.6.97	10.6.97	
Jordania	19.10.95	19.10.95	-	19.10.95	-	6.9.2000	
Lao, Rep. Dem. Popular de	3.1.83	3.1.83	3.1.83	3.1.83			
Lesoto	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000	6.9.2000			
Letonia	4.1.93	4.1.93	4.1.93	4.1.93	11.3.98	22.08.2002	
Liechtenstein	16.8.89	16.8.89	16.8.89	16.8.89	19.11.97	19.11.97	
Lituania	3.6.98	3.6.98	-	3.6.98	3.6.98	3.6.98	
Luxemburgo	23.5.96	23.5.96	23.5.96	23.5.96	5.8.99	5.8.99	
Maldivas	07.09.2000	07.09.2000	-	07.09.2000	07.09.2000	07.09.2000	
Mali	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	24.10.2001	
Malta	26.6.95	26.6.95	26.6.95	26.6.95			
Marruecos	19.03.2002	-	19.03.2002	-	19.03.2002	19.03.2002	
Mauricio	6.5.96	6.5.96	6.5.96	6.5.96	24.12.2002		
México	11.2.82	11.2.82	11.2.82	11.2.82	10.3.98		
Moldavia	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	8.9.2000	16.07.2001	
Mónaco	12.8.97	12.8.97				4.5.97	
Mongolia	8.6.82	8.6.82	8.6.82	8.6.82	6.4.1999	-	
Nauru	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	12.11.2001	
Nicaragua	05.12.2000	05.12.2000	05.12.2000	-	05.12.2000	05.12.2000	
Nueva Zelanda	18.10.93	18.10.93	18.10.93	18.10.93	8.1.98	8.1.98	
Níger	10.11.92	10.11.92	10.11.92	10.11.92			
Noruega	7.6.83	7.6.83	7.6.83	7.6.83	20.4.1998	20.4.1998	
Países Bajos	18.6.87	18.6.87	18.6.87	18.6.87	25.3.1999	25.3.1999	
Pakistán	1.4.85	1.4.85	1.4.85	1.4.85	05.12.2000	9.3.99	

ESTADO	FECHA DE ADHESIÓN*	PROT. I (1980)	PROT. II (1980)	PROT. III (1980)	PROT. IV (1995)	PROT. II	Modificación del artículo 1 (se aplica a los conflictos armados no internacionales)+
						**ENMENDADO (1996)**	
Panamá	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	26.3.97	03.11.1999	
Perú	3.7.97	3.7.97		3.7.97	3.7.97	3.7.97	
Polonia	2.6.83	2.6.83	2.6.83	2.6.83			
Portugal	4.4.97	4.4.97	4.4.97	4.4.97	12.11.2001	31.3.1999	
Rumanía	26.7.95	26.7.95	26.7.95	26.7.95			
Rusia, Fed. de	10.6.82	10.6.82	10.6.82	10.6.82	09.09.99	-	
Santa Sede	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	22.7.97	09.12.2002
Senegal	29.11.99	-	-	29.11.99	-	29.11.99	
Seychelles	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	08.06.2000	
Sudáfrica	13.10.95	13.10.95	13.10.95	13.10.95	26.6.98	26.6.98	
Suecia	7.7.82	7.7.82	7.7.82	7.7.82	15.1.97	16.7.97	03.12.2002
Suiza	20.8.82	20.8.82	20.8.82	20.8.82	23.4.98	23.4.98	
Tayikistan	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	12.10.99	
Togo	4.12.95	4.12.95	4.12.95	4.12.95	-	-	
Túnez	15.5.87	15.5.87	15.5.87	15.5.87	-	-	
Uganda	14.11.95	14.11.95	14.11.95	14.11.95	-	-	
Ucrania	23.6.82	23.6.82	23.6.82	23.6.82	-	15.12.99	
Reino Unido	13.2.95	13.2.95	13.2.95	13.2.95	11.2.99	11.2.99	25.07.2002
Uruguay	6.10.94	6.10.94	6.10.94	6.10.94	18.8.98	18.8.98	
Uzbekistan	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	29.9.97	-	
Yibuti	29.7.96	29.7.96	29.7.96	29.7.96	-	-	
Yugoslavia	12.03.01	12.03.01	12.03.01	12.03.01	-	-	
TOTAL	90 Estados	88 Estados	80 Estados	85 Estados	67 Estados	68 Estados	7 Estados

**FIRMAS, RATIFICACIONES Y ADHESIONES  
EN LA CONVENCIÓN DE 1997 SOBRE LA PROHIBICIÓN  
DEL EMPLEO, ALMACENAMIENTO, PRODUCCIÓN  
Y TRANSFERENCIA DE LAS MINAS ANTIPERSONAL Y SOBRE  
SU DESTRUCCIÓN, 18 DE SEPTIEMBRE DE 1997**

NOTA. Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (31 de diciembre de 2002)

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Afganistán	-	11.09.2002
Albania	8.9.1998	29.02.2000
Alemania	3.12.1997	23.7.1998
Andorra	3.12.1997	29.6.1998
Angola	4.12.1997	05.07.2002
Antigua y Barbuda	3.12.1997	3.5.1999
Argelia	3.12.1997	09.10.2001
Argentina	4.12.1997	14.9.1999
Australia	3.12.1997	14.1.1999
Austria	3.12.1997	29.6.1998
Bahamas	3.12.1997	31.7.1998
Bangladesh	7.5.1998	06.09.2000
Barbados	3.12.1997	26.1.1999
Bélgica	3.12.1997	4.9.1998
Belice	27.2.1998	23.4.1998
Benin	3.12.1997	25.9.1998
Bolivia	3.12.1997	9.6.1998
Bosnia-Herzegovina	3.12.1997	8.9.1998

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Botsuana	3.12.1997	01.03.2000
Brasil	3.12.1997	30.4.1999
Brunei Darussalam	4.12.1997	-
Bulgaria	3.12.1997	4.9.1998
Burkina Faso	3.12.1997	16.9.1998
Burundi	3.12.1997	-
Cabo Verde	4.12.1997	14.05.2001
Camboya	3.12.1997	28.07.1999
Camerún	3.12.1997	19.09.2002
Canadá	3.12.1997	3.12.1997
Chad	6.7.1998	6.5.1999
Chile	3.12.1997	10.09.2001
Chipre	4.12.1997	17.01.2003
Colombia	3.12.1997	06.09.2000
Comoros	-	19.09.2002
Congo	-	04.05.2001
Congo (Rep. Dem.)	-	02.05.2002
Cook (Islas)	3.12.1997	-
Costa Rica	3.12.1997	17.3.1999
Côte d'Ivoire	3.12.1997	30.06.2000
Croacia	4.12.1997	20.5.1998
Dinamarca	4.12.1997	8.6.1998
Dominica	3.12.1997	26.3.1999
Ecuador	4.12.1997	29.4.1999
Eritrea	-	27.08.2001
El Salvador	4.12.1997	27.1.1999
Eslovenia	3.12.1997	27.10.1998
España	3.12.1997	19.1.1999
Etiopía	3.12.1997	-
Filipinas	3.12.1997	15.02.2000
Fiyi	3.12.1997	10.6.1998
Francia	3.12.1997	23.7.1998
Gabón	3.12.1997	8.9.2000
Gambia	4.12.1997	23.09.2002
Ghana	4.12.1997	30.06.2000
Granada	3.12.1997	19.8.1998
Grecia	3.12.1997	-
Guatemala	3.12.1997	26.3.1999

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Guinea	4.12.1997	8.10.1998
Guinea-Bissau	3.12.1997	22.05.2001
Guinea Ecuatorial	-	16.9.1998
Guyana	4.12.1997	-
Haití	3.12.1997	-
Honduras	3.12.1997	24.9.1998
Hungría	3.12.1997	6.4.1998
Indonesia	4.12.1997	-
Irlanda	3.12.1997	3.12.1997
Islandia	4.12.1997	5.5.1999
Italia	3.12.1997	23.4.1999
Jamaica	3.12.1997	17.7.1998
Japón	3.12.1997	30.9.1998
Jordania	11.8.1998	13.11.1998
Kiribati	-	07.09.2000
Kenia	5.12.1997	23.01.2001
Lesoto	4.12.1997	02.12.1998
Liberia	-	23.12.1999
Liechtenstein	3.12.1997	5.10.1999
Lituania	26.2.1999	-
Luxemburgo	4.12.1997	14.6.1999
Ex República yugoslavia de Macedonia	-	9.9.1998
Madagascar	4.12.1997	16.9.1999
Malasia	3.12.1997	22.4.1999
Malawi	4.12.1997	13.8.1998
Mali	3.12.1997	2.6.1998
Maldivas	1.10.1998	07.09.2000
Malta	4.12.1997	07.05.2001
Marshall (Islas)	4.12.1997	-
Mauritania	3.12.1997	21.07.2000
Mauritius	3.12.1997	3.12.1997
México	3.12.1997	9.6.1998
Moldavia	3.12.1997	8.9.2000
Mónaco	4.12.1997	17.11.1998
Mozambique	3.12.1997	25.8.1998
Namibia	3.12.1997	21.9.1998
Nauru	-	07.08.2000

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Nicaragua	4.12.1997	30.11.1998
Níger	4.12.1997	23.3.1999
Nigeria	-	27.09.2001
Niue	3.12.1997	15.4.1998
Noruega	3.12.1997	9.7.1998
Nueva Zelanda	3.12.1997	27.1.1999
Países Bajos	3.12.1997	12.4.1999
Panamá	4.12.1997	7.10.1998
Paraguay	3.12.1997	13.11.1998
Perú	3.12.1997	17.6.1998
Polonia	4.12.1997	-
Portugal	3.12.1997	19.2.1999
Qatar	4.12.1997	13.10.1998
Reino Unido	3.12.1997	31.7.1998
Republica centroafricana		08.11.2002
República Checa	3.12.1997	26.10.1999
República Dominicana	3.12.1997	30.06.2000
República Eslovaca	3.12.1997	25.2.1999
Ruanda	3.12.1997	08.06.2000
Rumanía	3.12.1997	30.11.2000
Salomón (Islas)	4.12.1997	26.1.1999
Samoa	3.12.1997	23.7.1998
San Cristóbal y Nieves	3.12.1997	2.12.1998
San Marino	3.12.1997	18.3.1998
San Vicente y las Granadinas	3.12.1997	01.08.2001
Santa Lucía	3.12.1997	12.4.1999
Santa Sede	4.12.1997	17.2.1998
Santo Tomé y Príncipe	30.4.1998	-
Senegal	3.12.1997	24.9.1998
Seychelles	4.12.1997	02.06.2000
Sierra Leone	29.7.1998	25.04.2001
Suazilandia	4.12.1997	22.12.1998
Sudáfrica	3.12.1997	26.6.1998
Sudán	4.12.1997	
Suecia	4.12.1997	30.11.1998
Suiza	3.12.1997	24.3.1998
Surinam	4.12.1997	23.05.2002
Tailandia	3.12.1997	27.11.1998

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Tanzania (Rep. Unida)	3.12.1997	13.11.2000
Tayikistán	-	12.10.1999
Togo	4.12.1997	09.03.2000
Trinidad y Tobago	4.12.1997	27.4.1998
Túnez	4.12.1997	9.7.1999
Turkmenistán	3.12.1997	19.1.1998
Ucrania	24.2.1999	-
Uganda	3.12.1997	25.2.1999
Uruguay	3.12.1997	07.06.2001
Vanuatu	4.12.1997	-
Venezuela	3.12.1997	14.4.1999
Yemen	4.12.1997	1.9.1998
Yibuti	3.12.1997	18.5.1998
Zambia	12.12.1997	23.02.2001
Zimbabue	3.12.1997	18.6.1998
<b>Totales</b>	<b>133</b>	<b>131</b>

**FIRMAS, RATIFICACIONES Y ADHESIONES EN EL ESTATUTO  
DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL,  
17 DE JULIO DE 1998**

NOTA. Información facilitada por el Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (31 de diciembre de 2002)

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Albania	18.07.1998	-
Alemania	10.12.1998	11.12.2000
Andorra	18.08.1998	30.04.2001
Angola	07.10.1998	-
Antigua y Barbuda	23.10.1998	18.06.2001
Argelia	28.12.2000	-
Argentina	08.01.1999	08.02.2001
Armenia	1.10.1999	-
Australia	09.12.1998	01.07.2002
Austria	07.10.1998	28.12.2000
Bahamas	29.12.2000	-
Bahrein	11.12.2000	-
Bangladesh	16.09.1999	-
Barbados	08.09.2000	10.12.2002
Bélgica	10.09.1998	28.06.2000
Belice	05.04.2000	05.04.2000
Benin	24.09.1999	22.01.2002
Bolivia	17.07.1998	27.06.2002
Bosnia-Herzegovina	17.07.2000	11.04.2002
Botsuana	08.07.2000	08.09.2000

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Brasil	07.02.2000	20.06.2002
Bulgaria	11.02.1999	11.04.2002
Burkina Faso	30.11.1998	-
Burundi	13.01.1999	-
Cabo Verde	28.12.2000	-
Camboya	23.10.2000	11.04.2002
Camerún	17.07.1998	-
Canadá	18.12.1998	07.07.2000
Chad	20.10.1999	-
Chile	11.09.1998	-
Chipre	15.10.1998	07.03.2002
Colombia	10.12.1998	05.08.2002
Comoras	22.09.2000	-
Costa Rica	07.10.1998	7.06.2001
Costa de Marfil	30.11.1998	-
Croacia	12.10.1998	21.05.2001
Dinamarca	25.09.1998	21.06.2001
Dominica	-	12.02.2001
Ecuador	07.10.1998	05.02.2002
Egipto	26.12.2000	-
Emiratos Árabes Unidos	27.11.2000	-
Eritrea	7.10.1998	-
Eslovenia	7.10.1998	31.12.2001
Estados Unidos de América	31.12.2000	-
Estonia	27.12.1999	30.01.2002
España	18.7.1998	24.10.2000
Federación de Rusia	13.9.2000	-
Filipinas	28.12.2000	-
Finlandia	7.10.1998	29.12.2000
Fiyi	29.11.1999	29.11.1999
Francia	18.07.1998	09.06.2000
Gabón	22.12.1998	20.09.2000
Gambia	4.12.1998	28.06.2002
Georgia	18.07.1998	-
Ghana	18.07.1998	20.12.1999
Grecia	18.07.1998	15.05.2002
Guinea	07.09.2000	-
Guinea-Bissau	12.09.2000	-

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Guyana	28.12.2000	-
Haití	26.02.1999	-
Honduras	07.10.1998	01.07.2002
Hungría	15.01.1999	30.11.2001
Irlanda	07.10.1998	11.04.2002
Islandia	26.08.1998	25.05.2000
Israel	31.12.2000	-
Italia	18.07.1998	26.07.1999
Jamaica	08.09.2000	-
Jordania	07.10.1998	11.04.2002
Kirguistán	8.12.1998	-
Kenia	11.08.1999	-
Kuwait	8.9.2000	-
Lesoto	30.11.1998	06.09.2000
Letonia	22.4.1999	28.06.2002
Liberia	17.07.1998	-
Liechtenstein	18.07.1998	02.10.2001
Lituania	10.12.1998	-
Luxemburgo	13.10.1998	08.09.2000
ex República Yugoslava de Macedonia	7.10.1998	06.03.2002
Madagascar	18.07.1998	-
Malawi	02.03.1999	19.09.2002
Mali	17.07.1998	16.08.2000
Malta	17.08.1998	29.11.2002
Marruecos	8.9.2000	-
Marshall (Islas)	06.09.2000	07.12.2000
Mauricio	11.11.1998	05.03.2002
México	07.09.2000	-
Moldova	8.9.2000	-
Mónaco	18.09.1998	-
Mongolia	29.12.2000	11.04.2002
Mozambique	28.12.2000	-
Namibia	27.10.1998	25.06.2002
Nauru	13.10.2000	12.11.2001
Níger	17.7.1998	11.04.2002
Nigeria	1.6.2000	27.09.2001
Noruega	28.08.1998	16.2.2000

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Nueva Zelanda	7.10.1998	7.9.2000
Omán	20.12.2000	-
Países Bajos	18.7.1998	17.07.2001
Panamá	18.07.1998	21.03.2002
Paraguay	7.10.1998	14.05.2001
Perú	7.12.2000	10.11.2001
Polonia	9.4.1999	12.11.2001
Portugal	7.10.1998	05.02.2002
Reino Unido	30.11.1998	04.10.2001
República Centrafricana	7.12.1999	03.10.2000
República Checa	13.4.1999	-
República del Congo	17.7.1998	-
República de Corea	8.3.2000	13.11.2002
República Democrática del Congo	8.9.2000	11.04.2002
República Dominicana	8.9.2000	-
República Eslovaca	23.12.1998	11.04.2002
República Islámica del Irán	31.12.2000	-
Rumanía	7.7.1999	11.04.2002
Salomón (Islas)	3.12.1998	-
Samoa	17.7.1998	16.09.2002
San Marino	18.7.1998	13.5.1999
San Vicente Granadinas		03.12.2002
Santa Lucía	27.8.1999	-
Santo Tomé y Príncipe	28.12.2000	-
Senegal	18.7.1998	2.2.1999
Seychelles	28.12.2000	-
Sierra Leone	17.10.1998	15.9.2000
Siria	29.11.2000	-
Sudáfrica	17.7.1998	27.11.2000
Sudán	8.9.2000	-
Suecia	7.10.1998	28.06.2001
Suiza	18.7.1998	12.10.2001
Tailandia	2.10.2000	-
Tanzania (Rep. Unida)	29.12.2000	20.08.2002
Tayikistán	30.11.1998	5.5.2000
Timor oriental	-	06.09.2002
Trinidad y Tobago	23.3.1999	6.4.1999

<b>Estado</b>	<b>Firma</b>	<b>Ratificación/Adhesión</b>
Ucrania	20.1.2000	-
Uganda	17.3.1999	14.06.2002
Uruguay	19.12.2000	28.06.2002
Uzbekistán	29.12.2000	-
Venezuela	14.10.1998	7.6.2000
Yemen	28.12.2000	-
Yibuti	7.10.1998	05.11.2002
Yugoslavia	19.12.2000	6.09.2001
Zambia	17.7.1998	13.11.2002
Zimbabue	17.7.1998	-
<b>Totales</b>	<b>139</b>	<b>87</b>

### **III. BIBLIOGRAFÍA**

# **1. RECENSIÓN DE LIBROS**

**«Commentary on the Rome Statute of International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article», Otto Triffterer (ed.), editorial Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, 1295 páginas**

Es ya abundante la bibliografía sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de la que dio cumplida cuenta en su día la *Revista Española de Derecho Militar* al incluir una extensa Nota bibliográfica (en idiomas extranjeros e idioma español) en el número 75, «*Extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la Corte Penal Internacional*» (enero-junio, 2000).

Tampoco han faltado obras publicadas en España sobre la materia como, por citar las más conocidas, el n.º 4 de la Colección Escuela Diplomática y Asociación de Profesores de Derecho Internacional «*Creación de una jurisdicción penal internacional*», Madrid 2000, la publicación de las XXI Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado «*Hacia una justicia internacional*», Madrid 2000, el n.º IV-1999 de los Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, Madrid 1999, la publicación de las Cortes Generales «*El Tribunal Penal Internacional*», Madrid 1999, «*La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*» (cord. J.A. Carrillo Salcedo), Madrid, 2000, «*La Corte Penal Internacional: Justicia «versus» impunidad*» de I. Lirola Delgado y M. Martín Martínez, Ariel, 2001, «*La Justicia Penal internacional: Una perspectiva iberoamericana*», Casa de América, Madrid 2001, «*Delitos de Derecho Internacional*» de C. Rueda Fernández, Bosch, 2001 y «*La Corte Penal Internacional*» de N. Cabezudo Rodríguez, DYKINSON, 2002.

Sin embargo, todas estas obras muy meritorias y algunas de ellas excelentes, a las que hay que añadir numerosos trabajos monográficos publicados en las revistas jurídicas especializadas, no dejan de presentar un carácter fragmentario centrado, como por otra parte es lógico, en los más

llamativos aspectos de las disciplinas que cultivan sus autores, mayoritariamente internacionalistas.

Dar cuenta, en definitiva, de una obra que aborda «*Article by Article*» todos los preceptos del Estatuto de Roma, con aportaciones de conocidos constitucionalistas, penalistas, internacionalistas y procesalistas, supone una gran satisfacción para los que creemos en el principio de la unidad del ordenamiento jurídico y en el carácter interdisciplinario de los estudios sobre la Justicia Penal Internacional. Todo ello sin perjuicio de la crítica que se pueda formular a algunas aportaciones, naturales en toda obra colectiva y tributarias de la urgencia en la redacción de los comentarios. Celeridad que no ha sido obstáculo para la gran calidad de la mayor parte de las aportaciones doctrinales, muy por encima del contenido de otras obras meramente descriptivas y algo precipitadas como «*The International Criminal Court. The Making of de Rome Statute. Issues. Negotiations. Results*», editada por Roy S. Lee a principios de 1999.

La obra objeto de ésta recensión, aunque no prescinde de notables aportaciones de autores pertenecientes al sistema anglosajón o de «*common law*», contiene valiosos comentarios de la doctrina continental o romano-germánica, particularmente de los penalistas alemanes. Y no olvidemos que el Estatuto de Roma y sus normas de desarrollo («*Elementos de los crímenes*» y «*Reglas de Procedimiento y Prueba*», en particular) significan un intento de síntesis, no siempre bien logrado, entre ambos sistemas. Sin duda ha triunfado el sistema continental en los aspectos penales del Estatuto, como la descripción de los crímenes de la competencia de la Corte o los Principios Generales del Derecho Penal. Y es más patente el sistema anglosajón en la configuración del procedimiento y en la ausencia de una dosimetría de las penas. La difícil armonización de los dos sistemas se puso de manifiesto en la elaboración de las «*Reglas de Procedimiento y Prueba*» y, en general, en las normas de procedimiento que, con su proverbial inteligencia, calificó el Profesor Rodríguez Carrión como «*Cámara de los horrores procesales*».

Y un ejemplo más. Mientras en el artículo 22 del Estatuto de Roma se proclama el principio de legalidad («*nullum crimen sine lege*»), la interpretación estricta (*Lex stricta*) de las definiciones de los crímenes y la prohibición de la analogía, en la Ley de Canadá de 29 de junio de 2000, relativa al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, promulgada a la vista de la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, no se describen tales crímenes sino que se remite su definición al Derecho internacional consuetudinario, al Derecho internacional convencional o a los principios generales de derecho reconocidos por el

conjunto de las naciones (artículos 4 y 6), con la excepción de los crímenes de guerra cuya descripción se remite únicamente al Derecho internacional consuetudinario o al Derecho internacional convencional, si bien haciendo la precisión de que pueda constituir o no una infracción del derecho en vigor en ese momento (el de la perpetración) y en ese lugar. Por si no fuera suficiente esta derogación del principio de taxatividad (consecuencia del principio de legalidad penal), la Ley canadiense hace una expresa referencia, para la interpretación de los crímenes contra la humanidad, al Acuerdo relativo a la persecución y castigo de los grandes criminales de guerra de las Potencias Europeas del Eje, firmado en Londres el 8 de agosto de 1945 y a la «*Proclamation*» del Comandante Supremo de las Fuerzas Aliadas fechado el 19 de enero de 1946 (Juicios de Nüremberg y Tokio). Basta comparar esta norma, típicamente anglosajona, con dos excelentes modelos del sistema continental: la Ley belga de 10 de febrero de 1999 y la Ley alemana de 25 de abril de 2002 que incorpora el Código de Crímenes contra el Derecho Penal Internacional, notablemente influida por el sistema del Código Penal español en materia de crímenes de guerra («*Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*»).

La obra comienza con un Prólogo de M. Cherif Bassiouni, el gran tratadista de Derecho Penal Internacional que, sin embargo en la Conferencia Diplomática de Roma (15 de junio a 17 de julio de 1998) tuvo un papel no muy relevante puesto que se le confió la presidencia del Comité de Redacción que, por cierto, no llegó a ultimar sus trabajos, por imperativos de tiempo. Por el contrario fue muy importante la labor de Philippe Kirsch, Embajador de Canadá, que presidió en Roma el Comité Plenario y en Nueva York la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, quien escribe una corta «*Introducción*» a la publicación.

El índice del libro sigue fielmente las Partes y articulado del Estatuto de Roma y así, sucesivamente, se comenta el Preámbulo, la Parte I *Del establecimiento de la Corte*, la Parte II *De la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable*, la Parte III *De los principios generales del Derecho Penal*, la Parte IV *De la composición y administración de la Corte*, la Parte V *De la investigación y el enjuiciamiento*, la Parte VI *Del juicio*, la Parte VII *De las penas*, la Parte VIII *De la apelación y la revisión*, la Parte IX *De la cooperación internacional y la asistencia judicial*, la Parte X *De la ejecución de la pena*, la Parte XI *De la Asamblea de los Estados Partes*, la Parte XII *De la financiación* y la Parte XIII *Cláusulas finales*.

Al comienzo del comentario a cada artículo se reproduce el texto del precepto, una breve referencia doctrinal y el sumario del trabajo, que se presenta seguidamente acompañado con numerosas notas a pié de página.

Destacan en toda la obra las excelentes aportaciones de Otto Triffterer quien escribe los comentarios al Preámbulo (en unión de Morten Bergsmo), el luminoso estudio preliminar del Estatuto y los comentarios a los artículos 1 (la Corte), 2 (Relación de la Corte con las Naciones Unidas), 10, 26 (Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte), 27 (Improcedencia del cargo oficial), 32 (Error de hecho y error de derecho), 33 (Ordenes superiores y disposiciones legales), 62 (Lugar del juicio), 71 (Sanciones por faltas de conducta en la Corte) y 74 (Requisitos para el fallo).

Dentro del estudio de los crímenes de la competencia de la Corte (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión), donde se comentan todos los apartados de los artículos 6, 7 y 8, son relevantes las aportaciones de Andreas Zimmermann, William Schabas, Rodney Dixon, Christopher K. Hall, Machteld Boot, William J. Fenrick y Michael Cottier.

En el comentario de los restantes artículos de esta parte del Estatuto destacan las aportaciones de Sharon A. Williams y Morten Bergsmo, particularmente en el estudio del ejercicio de la jurisdicción por la Corte y de la figura del Fiscal. Finalmente, el importante artículo 21 (Derecho aplicable) es tratado por Margaret McAuliffe de Guzmán.

Los principios generales del Derecho Penal es una de las partes mas cuidadas de la obra, con aportaciones de Bruce Broomhall («*Nullum crimen sine lege*»), que se resiente de un mas amplio fundamento doctrinal, William A. Schabas («*Nulla poena sine lege*»), Raul C. Pangalangan (Irretroactividad «*ratione personae*»), el meritorio trabajo de Kai Ambos (Responsabilidad penal individual), el ya citado de Otto Triffterer sobre la minoría de edad y la improcedencia del cargo oficial, el impecable comentario de William J. Fenrick sobre la «Responsabilidad de los Jefes y otros superiores», el artículo de Donald K. Piragoff sobre el «Elemento de intencionalidad», la excelente aportación de Albin Eser sobre «Las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal» y los citados de Otto Triffterer sobre los artículos 32 y 33 del Estatuto.

No alcanzan el mismo nivel doctrinal los comentarios a la Parte IV del Estatuto, por razón de la índole de la materia: «De la composición y Administración de la Corte», aunque presentan un singular valor práctico. En el plano crítico debemos dar cuenta de los escasamente compartibles comentarios sobre el artículo 50 que regula los Idiomas Oficiales (entre los que figura el español) y de trabajo.

La extensa parte que el Estatuto dedica a las cuestiones de procedimiento, se inicia con los comentarios a la Parte V «De la investigación y el Enjuiciamiento», donde destacan los comentarios de Morten Bergsmo,

Pieter Kruger, Christopher K. Hall y, particularmente, los excelentes trabajos de Fabricio Gualiglia, profesor argentino experto en Derecho penal y procesal.

La Parte VI (Del juicio) se inicia con un comentario de Otto Triffterer, quien asimismo analiza otros preceptos de ésta parte, a la que unen relevantes trabajos de William A Schabas y Fabricio Gualiglia. Mención crítica merecen los comentarios a los artículos 72 y 73 (Protección que afecte a la seguridad nacional e Información y documentos de terceros), que despachan sin excesiva profundidad Rodney Dixon y Helen Duffy.

Por el contrario, es muy destacable el examen de las penas de la Parte VII del Estatuto (artículo 77) y los comentarios al artículo 80, que realiza una de las grandes figuras de la Conferencia Diplomática de Roma el diplomático noruego Rolf Einar Fife, quien habría también de jugar un papel decisivo en la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional (Naciones Unidas, Nueva York), presidiendo el Grupo de Trabajo sobre las Penas dentro de las Reglas de Procedimiento y Prueba.

La Parte VIII, «De la apelación y revisión», ha sido escrita enteramente por Christopher Staker y tiene el mérito de aportar la experiencia jurisprudencial de los Tribunales Penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

Una de las partes del Estatuto que presenta mayores dificultades y de la que depende en buena parte la eficacia de la Corte, es la relativa a la «Cooperación internacional y asistencia judicial» (Parte IX). Los comentarios de los autores, entre los que destacan Claus Kreb y Kimberly Prost, cumplen adecuadamente en el análisis de tan intrincados preceptos y clarifican la, a veces, difícil interpretación del Estatuto.

Breves son los trabajos que estudian la Parte X del Estatuto dedicada a la «Ejecución de la pena», por lo que habrá que esperar a otros comentarios sobre la materia, particularmente en relación con el desarrollo de estos preceptos por las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Y con mayor brevedad trata S. Rama Rao el único artículo que integra la Parte XI relativo a la Asamblea de los Estados Partes.

Con la misma celeridad despacha la obra la financiación de la Corte (Parte XII), materia que merecería mayores comentarios si se hubiera podido tener en cuenta el Reglamento de Financiación de la Corte Penal Internacional, elaborado por la Comisión Preparatoria de las Naciones Unidas muy posteriormente.

Restan las Cláusulas Finales (Parte XIII), confiadas en su mayor parte a Roger S. Clark, que aporta atinados comentarios a los preceptos. Ahora bien, Andreas Zimmermann se ha reservado el análisis del polémico artí-

culo 124 (Disposición de transición), que permite a los Estados, al hacerse parte en el Estatuto, declarar que, durante el periodo de siete años contados a partir de la fecha en que entre en vigor el Estatuto (es decir, desde el 1 de julio de 2002 al 1 de julio de 2009), no aceptarán la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra, cuando se denuncie su comisión por sus nacionales o en su territorio. Hasta ahora han hecho esta declaración sólo dos Estados: Francia y Colombia. En el comentario se echa de menos la esperada crítica del artículo, que se esboza sólo tímidamente, contrastando con la postura de numerosos Estados, Organizaciones No Gubernamentales y el propio Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que han rechazado tan indefendible precepto.

En resumen, debemos emitir un juicio altamente favorable al contenido de ésta monumental obra que, a pesar de las críticas que pueden hacerse a toda publicación colectiva, constituye una referencia obligada (aunque a veces olvidada) para toda aproximación científica al estudio integral del Estatuto de la Corte Penal Internacional y responde de forma excelente al difícil reto de elaborar un comentario completo de sus preceptos por destacados especialistas de los ámbitos constitucional, internacional, penal y procesal, algunos de los cuales fueron en su día protagonistas decisivos en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998.

La Corte Penal Internacional y lo que potencialmente significa en la lucha contra la impunidad y prevención de nuevos crímenes de la mayor trascendencia para la comunidad internacional, se merecen este esfuerzo académico que desde aquí aplaudimos y presentamos a nuestros lectores desde la meditada convicción de que el Estatuto de Roma es ya, como se ha dicho, patrimonio irrenunciable de la humanidad.

José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto

## **2. NOTICIAS DE LIBROS**

## NOTICIAS DE LIBROS

Coronel Auditor D. Carlos EYMAR ALONSO

AAVV, *La función de asesoramiento jurídico militar internacional y otros temas jurídico militares*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2002, 419 págs. Ya en el Prólogo del presente libro, el Ministro de Defensa, Don Federico Trillo, se felicita por la consolidación de la tradición que implican estas IV Jornadas de asesoramiento en el ámbito de la Defensa, celebradas en Madrid del 6 al 10 de mayo, señalando, al mismo tiempo, la oportunidad del tema escogido. La participación de asesores jurídico militares en operaciones militares exteriores y en unidades multinacionales, no ha hecho más que acrecentarse en los últimos diez años. Poco a poco, los temas de Derecho Internacional Militar se han ido decantando y multiplicando hasta formar un núcleo específico dentro del Derecho Internacional, que exige una adecuada articulación conceptual. Muchos de los estudios contenidos en el presente volumen constituyen una contribución a clarificar los temas, los procedimientos y estructuras del asesoramiento jurídico militar internacional y a sugerir adecuadas reformas para mejorar su calidad. En la primera parte del volumen, consagrada específicamente al tema, junto al que suscribe estas notas, participan numerosos oficiales auditores que han tenido experiencia directa en el asesoramiento jurídico en unidades militares en el exterior (Coronel de las Rivas, Capitán Martínez Guillem) en cuarteles generales de unidades multinacionales como el Eurocuerpo (Teniente Coronel Fernández Tresguerres, Comandante Serrano Barberán) en el cuartel general de la OTAN (Teniente Coronel Zarranz) o participado en la negociación de acuerdos militares en el ámbito del Ministerio de Defensa (Capitán Ruiz de los Paños, Capitán González

Barral). La experiencia práctica en el asesoramiento jurídico militar internacional, confiere a estos estudios, aparte de su valor teórico, un indudable valor testimonial. La Segunda Parte está dedicada a la Corte Penal Internacional, ámbito en el que también ha tenido lugar una destacada participación de oficiales auditores españoles. Tanto el hoy General Auditor D. Fernando Pignatelli, que realiza un amplio y detallado estudio del artículo 8 del Estatuto de Roma sobre la regulación de los crímenes de guerra, como el Teniente Coronel García Labajo, que aborda los aspectos procesales de la Corte, participaron en la delegación española que asistió a la aprobación del Estatuto en julio de 1998. Por último, el volumen se cierra con un conjunto de breves estudios sobre algunos temas de actualidad vinculados a la Jurisdicción Militar, como son el de la doble instancia penal (Coronel Mata), la acusación particular (Coronel Mendoza), el procedimiento de «Habeas Corpus» en el ámbito disciplinario militar (Comandante Melón), la incidencia de la legislación de menores en la jurisdicción militar (Coronel Ortea), la sustitución de penas privativas de libertad (Teniente Coronel Mayandía), la intervención del Fiscal en el recurso contencioso disciplinario (Teniente Coronel Pozuelo), y el principio *non bis in idem* (Comandante Jaldo).

CORRIPIO, M y MARROIG, L, *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Madrid, Agencia de Protección de Datos, 2001, 280 págs. El presente libro que ha obtenido el quinto premio «Protección de Datos Personales», convocado por la Agencia de Protección de Datos, es una buena muestra de la importancia que ha venido alcanzando en los últimos años el problema de la defensa jurídica de la intimidad del individuo ante las nuevas tecnologías de la información y, más especialmente, en el sector de las telecomunicaciones. Los autores analizan la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha consagrado un «derecho fundamental a la protección de datos personales», el cual se ha de entender no solo en el aspecto negativo de «rechazo a publicar todo aquello que una persona no quiere que los demás conozcan», sino también en el sentido positivo de garantizar que los datos de una persona sean exactos, completos y actuales. Asimismo, se procede a un análisis de la vigente Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos que favorece una adaptación a la constante evolución de la informática. Sentadas estas bases generales de la protección de datos, los autores tratan de aplicarlos al sector específico de las telecomunicaciones en la línea marcada por la Directiva 97/66/CE, intentando definir los límites de otro derecho fundamental cual es el del secre-

to de las comunicaciones. Es una obligación de los operadores de telecomunicaciones y de los proveedores de servicios que explotan las tecnologías de la información, el garantizar con los adecuados programas la privacidad de los usuarios y el acceso anónimo a las redes y servicios de telecomunicaciones. La libertad de comunicación y de expresión ha de respetar siempre el derecho de las personas a no recibir comunicaciones de carácter comercial. En un sector en plena expansión y en continua evolución, la publicación de un libro como éste, actualizado y muy bien documentado, resulta de mucha utilidad no solo desde el punto de vista de los individuos, sino también como contribución a una toma de conciencia de las administraciones públicas y en especial por parte del Ministerio de Defensa.

DE ANDRÉS, J, CHAVES, P., LUENGO, F. (Ed), *La ampliación de la Unión Europea*, Madrid, El Viejo Topo, 2002, 362 págs. En el año que comienza va a tener lugar el llamado proceso de refundación europea con la previsible aprobación de la Constitución europea que ha de suponer un proceso de clarificación sobre los objetivos y los procedimientos de toma de decisiones en la Unión. Tras la cumbre de Copenhague que aprobó la incorporación de diez nuevos miembros de tal forma que se pase de una Unión de quince miembros a otra de veinticinco para finales de 2004, dejando por otra parte la puerta abierta a Turquía, se impone un nuevo esfuerzo de reflexión. En el presente volumen se ofrecen una serie de respuestas y de diagnósticos que, si bien puedan resultar polémicos en muchos casos, servirán sin duda para animar un necesario debate que implique al conjunto de la ciudadanía europea. Porque una de las conclusiones del presente estudio es la de señalar una frustrante participación de los ciudadanos en el proceso de integración europea, en contra de lo previsto por Monnet y los padres fundadores de la Comunidad tras la Declaración Schuman. Si el proceso de integración ha avanzado, ello se ha debido, según alguno de los autores del trabajo, a la combinación de tres factores: el activismo judicial, la dinámica de interdependencia económica mundial y la necesidad de hacer frente a las demandas de adhesión del entorno. Especialmente intenso y decisivo ha sido el papel desempeñado por el Derecho comunitario y el Tribunal de Justicia de las Comunidades que en una famosa sentencia de 1964 ya estableció el principio de la «supremacía del derecho comunitario» sobre los derechos nacionales. Este llamado activismo judicial ha conducido a acentuar el problema de la legitimidad democrática de la Unión ya que era una muestra palpable de la pérdida de control de los ciudadanos sobre normas que les eran directa-

mente aplicables. Existe una clara divergencia, estadísticamente comprobada, entre Gobiernos e Instituciones europeas y los ciudadanos, en torno al proceso de integración y ampliación europeas. En lo que respecta a la política exterior y de seguridad común, los autores que tratan el tema, como el conocido analista Carlos Taibo, después de vincular el proceso de ampliación de la Unión Europea y de la OTAN (la cumbre de Praga y la de Copenhague), no ahorran críticas a esta organización en cuanto dominada por los Estados Unidos. Según Taibo, la relación de sumisión que la UE muestra para con Estados Unidos no es algo pasajero. Una política exterior de la UE emancipada de la tutela de los EEUU, revelaría su íntima relación con los intereses del capitalismo internacional y demostraría que su discurso sobre un capitalismo humano, comprometido con la causa de la justicia, la igualdad y solidaridad, es mera retórica.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L., *Técnica normativa*, Madrid, Escuela de Práctica Jurídica Universidad Complutense, 2002, 170 págs. El presente volumen recoge cuatro trabajos que, desde distintos enfoques, suponen una brillante introducción a eso que algunos clásicos denominaron el arte de la legislación. Su autor, letrado del Consejo de Estado, miembro del Cuerpo Jurídico Militar y actual director de la Escuela de Práctica Jurídica, es un excelente jurista que, precisamente por serlo, da muestras de una apertura mental a numerosos ámbitos de la cultura relacionados con el Derecho. Y tal actitud es fundamental para aproximarse a la tarea de legislar, que, sin duda es técnica pero, también, es prudencia, estética o sociología. El libro se abre, precisamente, con la recomendación que el Dios Shamash dirigió al rey de Babilonia para que dictase una ley de la ciudad: «¡Sé justo!, ¡habla poco, habla claro, habla bien y habla bello!». Esos antiguos consejos constituyen el embrión de una teoría de la técnica normativa que, sin embargo, no se comenzó a desarrollar hasta el siglo XIX, cuando Ihering en *El Espíritu del Derecho romano*, enunció la ley de la belleza jurídica referida a la regla. Esta debía de ser «sencilla, clara, transparente, ordenada y natural». Pero, lamentablemente, la estética del Derecho ha sido tan exigida en la teoría como abandonada en la práctica. En este sentido, el autor, en un brillante análisis no exento de humor, viene a denunciar la tremenda separación que existe hoy día entre la realidad de la legislación y su presunto imperativo de claridad y belleza. No se habla poco, sino que se utiliza la norma en demasía, dando lugar a un marasmo legislativo en el que resulta difícil orientarse. No se habla claro, sino que abundan las definiciones, siempre imprecisas que conducen al error y la polisemia, cuando no a un conjunto de siglas indescifra-

bles. Tampoco se habla bello y para comprobarlo no hay más que acudir al BOE. Uno de los efectos perversos de esa proliferación y confusión de normas es que resulta muy difícil establecer su vigencia. Muchas normas siguen vigentes, aunque no se aplican porque están olvidadas y, en este sentido, el autor desgrana una lista de disposiciones que provocarán la carcajada del lector. En resumen se trata de un libro ameno y riguroso en el que junto a un indudable poso de pesimismo, se desprende un imperativo de respeto al lenguaje por parte de todos los profesionales del Derecho, y más aún por parte de aquellos que directa o indirectamente participan en la noble tarea de legislar.

MILLÁN GARRIDO, A (Dir), *Justicia Militar*, Barcelona (Ariel), 2002. Miembro del Cuerpo Jurídico Militar y profesor universitario, Millán Garrido es un autor sobradamente conocido en el ámbito de los estudios jurídico militares, fundamentalmente en el área de Derecho Penal y Derecho Comparado. Ultimamente, su actividad parece haberse centrado en la elaboración de cuidadas ediciones de legislación militar o disciplinaria. Esta segunda edición de su *Justicia Militar* es una buena prueba de ello. El volumen, en un formato de fácil manejo, incluye hasta 25 disposiciones entre las que se incluyen las fundamentales en el ámbito del Derecho Penal Militar: Código Penal Militar, Ley de Planta y Organización territorial de la jurisdicción militar y Procesal Militar. Derecho Penitenciario Militar, Derecho Disciplinario y Régimen de Personal en el que se incluyen las Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y las de los tres ejércitos, otorgan al conjunto de la publicación un carácter bastante completo. Pero, sin duda, donde se marca la diferencia de esta publicación con otras colecciones de legislación es en las correspondencias de legislación, en su documentado prólogo, en la extensa bibliografía y en el índice analítico que cierra el libro que, sin duda y como lo demuestra esta su segunda edición, constituye un útil y apreciado instrumento para los teóricos y prácticos del Derecho Militar.

MINISTERIO DE DEFENSA (Secretaría General Técnica), *Legislación Básica Defensa*, Madrid, Secretaría General Técnica, Diciembre 2001, (4 Vols). Es preciso saludar con entusiasmo la iniciativa de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa de haber editado una obra como la actual que, desde la misma fecha de su publicación, se convierte en un instrumento imprescindible para todos aquellos que tengan que aplicar o interpretar la legislación militar. Hasta la fecha se habían editado algunas compilaciones que contemplaban algún aspecto aislado de la

legislación militar. En este sentido hay que aludir al libro de *Justicia Militar*, al del *Régimen de Personal Militar* o al de *Honores y Recompensas Militares*, todos ellos editados por la Secretaría General Técnica. Estos libros, manejables y completos, han constituido durante muchos años la herramienta necesaria para la mayoría de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar y para todos aquellos profesionales de las Fuerzas Armadas o ajenos a las mismas, encargados de la práctica administrativa o judicial militar. Sin duda estos volúmenes seguirán cumpliendo esta función. También hay que señalar la función desempeñada por algunas editoriales privadas como Tecnos que en el año 1994 publicó la *Legislación Básica de Defensa*, a cargo del entonces Subsecretario del Departamento D. Gustavo Suárez Pertierra, y que también ha mostrado su utilidad en la última década. Asimismo hay que reseñar la *Justicia Militar* preparada por D. Antonio Millán Garrido, ya comentada en esta sección. Sin embargo, faltaba una obra más completa y sistemática que recogiera el conjunto de la legislación administrativa y, además, con vocación de permanente actualización en la línea de muchas obras de referencia como *El Sistema Administrativo o el Sistema Penal* editados por la Ley. En el ámbito de la Armada se ha demostrado la utilidad de la célebre Colección de Reglamentos de la Armada muy detallada y completa, en labor de continua actualización. Con todos estos antecedentes, la *Legislación Básica Defensa*, como su propio nombre indica, no pretende una exhaustiva exposición de todas las leyes relacionadas con la Defensa Nacional, sino de las más importantes. Esta selección de legislación, con el criterio de no descender del ámbito de las Leyes o Reales Decretos, ha llevado a una obra planteada en cuatro volúmenes. El primero recoge sustancialmente todas las normas relativas a justicia militar, el segundo las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y de los tres Ejércitos, el tercero lo esencial de la legislación en materia de personal militar y el cuarto las disposiciones concernientes a la organización y estructura del Ministerio de Defensa y de los Ejércitos, así como las relativas a material militar. Aunque encontramos lo esencial de la legislación en materia de Defensa, quizá se eche de menos la presencia de algunos Tratados o disposiciones relativos a la actividad exterior de nuestras Fuerzas Armadas. En cualquier caso, la obra, que además viene acompañada de un CD Rom, representa un avance en la sistematización y claridad en un sector de legislación tan específico y complejo como el militar.

MINISTERIO DE DEFENSA. Secretaría General Técnica, *Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*, 2002, Como indica su artículo primero, las Reales Ordenanzas constituyen la regla moral de la Institución

Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros. A las puertas de su vigésimo quinto aniversario, ya que fueron aprobadas por Ley 85/1978 de 28 de diciembre, las Reales Ordenanzas constituyen una pieza clave para interpretar la transición española y su engarce con la tradición de Carlos III. Por encima de la polémica que ha llevado a la discusión entre juristas acerca de su carácter constitucional en algunos aspectos, lo cierto es que las Reales Ordenanzas están imbuidas de un claro espíritu democrático que fue el mismo que permitió el surgimiento en el mismo año de nuestra Constitución. Sin duda la publicación de esta cuidada, y al mismo tiempo manejable edición en la que se incluye un detallado índice analítico, servirá para contribuir a la serie de actos conmemorativos que sin duda se realizarán a lo largo de 2003 y que servirán para abordar una necesaria discusión sobre el Estatuto del militar profesional en el siglo XXI.

PIROTTE, C, HUSSON, B, GRÜNEWALD, F. (Dir), *Entre emergencia y desarrollo. Cuestionamiento de la prácticas humanitarias*, Barcelona, Icaria, 2002, 238 págs. La consolidación de un campo del Derecho como el Derecho Militar Operativo centrado en la aplicación de normas jurídicas en conflictos en el exterior, exige un progresivo conocimiento de los problemas ligados a las acciones humanitarias y a la cooperación cívico militar y con ONGs que participan en una determinada operación. La editorial Icaria, aunque de forma un tanto irregular, viene acumulando una serie de publicaciones sobre el tema que resultan de interés para quienes se dedican al campo del Derecho Internacional Humanitario y buena prueba de ello es que en esta misma sección se dará cuenta de otro libro consagrado al respecto. El presente volumen está coordinado y dirigido por representantes del grupo francés URD (Urgence, Réhabilitation Développement) concebido como un punto de encuentro entre las principales ONGs de emergencia y desarrollo francesas. Por esta razón, en cuanto que recoge el punto de vista de las organizaciones no gubernamentales, resulta de sumo interés si bien adolezca de un carácter fragmentario y poco estructurado, con algún lamentable error de traducción como es el de traducir *Armée* por Armada. La relación entre lo humanitario y lo militar es objeto de consideración expresa. Se reconoce que recurrir a unidades militares o militarizadas de especialidad médica, sanitaria o logística, es más eficaz que la acción de cualquier ONG. Se desecha la visión de un concepto de lo humanitario exclusivamente basado en sus valores morales de desinterés y sus principios de imparcialidad y neutralidad, para reconocer la necesidad de una protección armada de la acción humanitaria. Esta pro-

tección se extiende tanto al personal de las ONGs que actúan en contexto de crisis aguda como a la población civil cada vez más utilizada como rehén por los protagonistas de los modernos conflictos. La coordinación entre las fuerzas armadas y el personal de las organizaciones no gubernamentales se hace tan necesaria como la vigilancia por el respeto del Derecho Internacional Humanitario en especial para permitir el acceso directo a las víctimas. Es urgente, afirman los autores, la conciliación entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de Nueva York, y la elaboración de un cuerpo único de Derecho Humanitario que englobe la asistencia, la represión de crímenes contra la humanidad y el genocidio. (pág. 168).

REY MARCOS, F. y DE CURREA – LUGO, V., *El debate humanitario*, Barcelona, Icaria, 2002, 143 págs. En el actual contexto internacional se ha venido desarrollando en la última década un intenso debate en torno al concepto, fundamento y límites de la acción humanitaria. Las cuestiones humanitarias han adquirido en la política internacional una importancia que previsiblemente no disminuirá en el futuro. Lo humanitario tiene implicaciones económicas y así el conjunto de fondos dedicados a la ayuda humanitaria por parte de muchos Estados donantes ha experimentado un notable incremento en la década de los noventa. Tiene asimismo implicaciones políticas pues, cada vez más, lo humanitario se utiliza en el discurso político de los mismos Estados que quieren rentabilizar en términos de legitimación o visibilidad muchos de los fondos consagrados a la ayuda. Especialmente con motivo del conflicto de los Balcanes, la interrelación entre política y ayuda humanitaria ha forzado a muchos Estados y organizaciones internacionales a proceder a un reajuste organizativo. Así, en lo que respecta a la Unión Europea, en 1992 fue creada la ECHO (Oficina Humanitaria de la Comunidad Europea), en 1996 se aprobó un Reglamento de ayuda humanitaria y también se integraron las misiones de ayuda humanitaria dentro de las funciones de la Fuerza de reacción rápida de la Unión Europea. Pero, especialmente, además de las cuestiones económicas y políticas, nos interesa subrayar las cuestiones jurídicas ligadas a la acción humanitaria. Pese a las críticas lanzadas por muchos teóricos contra el Derecho Internacional Humanitario, como mero instrumento al servicio de los intereses económicos de los Estados occidentales (Derrida, Lyotard) lo cierto es que sus normas no han hecho más que multiplicarse. Lo más interesante del presente volumen, más allá que la defensa de tesis específicas, está en el planteamiento de un debate acerca de los actuales problemas que se ciernen sobre el Derecho Internacional Humanitario. Debate sobre su finalidad que enfrenta a pragmáticos y a pacifistas como

fueron respectivamente Dunant y Passy a quienes fue otorgado *ex aequo* el Premio Nobel de la Paz en 1901. Debates sobre su aplicación a nuevos tipos de conflicto como son las operaciones de paz o a la lucha contra el terrorismo. Debates sobre las violaciones de sus principios, especialmente cuando se producen por parte de las fuerzas multinacionales encargadas de garantizar la legalidad internacional. Debates en torno al derecho de refugio y, en especial, al concepto de refugiados «económicos» o «ecológicos». Por último, se alude al debate en torno a la efectividad de un derecho de las víctimas a recibir asistencia. Todo este debate jurídico, aparte de actual, resulta sumamente ilustrativo para desarrollar futuros y más profundizados estudios.

### **3. NOTICIAS DE REVISTAS**

## NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro MARTINEZ-CARDOS RUIZ

### SUMARIO

A) Cuestiones administrativas; B) Cuestiones de derecho penal; C) Cuestiones de derecho internacional y humanitario de la guerra.

#### A) CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

En el número 38 de *Actualidad Administrativa*, José María Rojí Buqueras inserta un trabajo sobre «Las uniones temporales de empresas como licitadores en la contratación administrativa». En el número 39 de la misma revista, Jesús María Chamorro González publica un artículo «Terminación convencional y silencio administrativo».

En los *Cuadernos de Derecho Público*, número 11, José María Boquera Oliver publica un artículo titulado «Los contratos de la Administración en la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa».

«El futuro de los regímenes de no proliferación de armas de destrucción masiva», de Conrado Igea, se incluye en el número 2687 de *Información Comercial Española*.

#### B) CUESTIONES DE DERECHO PENAL

En la revista *Actualidad Penal*, en el número 27, Jesús Urraza Abad inserta un trabajo titulado «Delitos relativos a la ordenación del territorio:

principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales». En el número 40, se publica un artículo de Fernando Navarro Cardoso sobre «La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo.

### C) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

El número 95 del *American Journal of International Law* incluye diversos artículos publicados con ocasión del simposium celebrado sobre «Reconstrucción después de un conflicto civil». Payam Akhavan publica un artículo titulado «*Beyond impunity: Can International Criminal Justice prevent future atrocities?*»; el de Lorna Mac Gregor tiene como rúbrica «*Individual Accountability in South Africa: Cultural optimum or potical facade?*». Los otros son los de Hansjörg Strohmeyer («*Collapse and reconstruction of a judicial system? The United Nations Mission in Kosovo and East Timor*»); el de Jennifer Widner, «*Courts and democracy in postconflict transitions: a social scientist's perspective on the African Case*»; el de Michael J. Matheson, «*United Nations Governance of post-conflict societies*»; el de Samuel H. Barnes, «*The Contribution of Democracy to Rebuilding postconflict societies*» y el de Allan Gerson, «*Peace building: The private sector's role*».

En fascículo 4 del mismo número 95 del *American Journal of International Law* recoge cuatro sucintas notas de interés firmadas por Reisman («*In defense of world public order*»), «*The use of force against terrorism an international law*», «*Terrorismo and the right of self-defense*» y «*hegemonic international law*».

## **IV. INFORMACIÓN**

**XXVI MESA REDONDA CONVOCADA POR EL INSTITUTO  
INTERNACIONAL DE DERECHO HUMANITARIO  
DE SAN REMO (ITALIA), Y CELEBRADA EN ESTA  
LOCALIDAD ENTRE LOS DÍAS 5 Y 7 DE SEPTIEMBRE  
DE 2002, CON EL TEMA «LOS PROTOCOLOS  
ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA:  
25 AÑOS DESPUÉS»**

Teniente Coronel Auditor D. Manuel Hernández-Tejero García  
*Doctor en Derecho y Diplomado en Derecho Internacional Militar*  
*Unidad de Estudios Jurídicos de la Secretaría General Técnica*  
*Ministerio de Defensa*

Promovido y organizado por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo (Italia), en colaboración con el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, se ha celebrado entre los días cinco y siete de septiembre de 2002 la 26 Mesa Redonda sobre los problemas actuales del Derecho Internacional Humanitario, sus retos y perspectivas, dedicada concretamente a analizar las experiencias y resultados de la aplicación a los conflictos armados de los principios recogidos en los dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, que promulgados en 1977 han cumplido ya veinticinco años de existencia.

Sirva mencionar, a modo de preámbulo, que los Protocolos de 1977, con el carácter de Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 y consecuencia directa de la iniciativa del Consejo Federal Suizo en 1974 para desarrollar su normativa, introdujeron una serie de disposiciones que en realidad, más que a lo «humanitario» de las operaciones bélicas, se refieren a la conducción en el combate y en general en el desarrollo de las hos-

tilidades, esto es, lo que la doctrina viene en denominar *ius in bello*. El Protocolo Adicional I se refiere a la protección de las víctimas en los conflictos armados de carácter internacional, y el Protocolo Adicional II a la protección de las víctimas en aquellos conflictos armados que no poseen tal carácter.

Firmados el 10 de junio de 1977, fueron ratificados por España mediante Instrumento de 11 de abril de 1989 (BOE núm. 177).

Pasando ya al desarrollo de las jornadas, concurrió a la 26 Mesa Redonda una muy nutrida representación internacional que alcanzó el número de 227 personas de varios países de los cinco continentes, compuesta fundamentalmente por personal militar destinado en gabinetes de asesoramiento jurídico de los Ministerios de Defensa de los países participantes, sobre todo europeos y africanos, miembros de las Sociedades estatales y regionales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, así como de asociaciones tales como UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees), que en su variante española, ACNUR, constituye una asociación que colabora con el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, profesores de Derecho Internacional y disciplinas afines de distintas Universidades, sobre todo italianas, representantes del Instituto Internacional de los Derechos Humanos (Estrasburgo), personal de Asuntos Exteriores, y un largo etcétera. Merece la pena destacar el esfuerzo del equipo de traducción simultánea, ya que los idiomas utilizados en el seminario fueron el inglés, el francés y el italiano, como deferencia al país anfitrión, y hubo la posibilidad de seguir las conferencias en cualquiera de las tres lenguas, indistintamente.

La sesión de apertura tuvo lugar el jueves, 5 de septiembre, a primera hora de la mañana, con un saludo de bienvenida a cargo del Profesor D. Jovan PATRNOGIC, Presidente del Instituto Internacional de Derecho Humanitario en cuya sede se desarrollaron las jornadas, a la que se sumó D. Giovenale BOTTINI, alcalde de San Remo.

A continuación tuvo lugar una disertación del Dr. Jakob KELLENBERGER, Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja, acerca de «El Derecho Internacional Humanitario al inicio del siglo XXI». Más tarde intervino el Profesor Paolo BENVENUTI, de la Universidad de Florencia y perteneciente al Comité de la Cruz Roja Italiana, con una conferencia sobre el tema «La evolución progresiva del Derecho Internacional Humanitario (1)».

---

(1) «25 years of the Two Additional Protocols: Progressive Evolution of International Humanitarian Law».

I. Por la tarde de ese primer día se celebró una mesa redonda, presidida por el General Arne DAHL, Director general Adjunto del Ministerio de Defensa de Noruega, sobre la temática general de «**La conducción de las hostilidades y la protección de la población civil**», y en la que participaron cinco ponentes, con los temas que a continuación se relacionan:

- Dr. Knut DÖRMANN, asesor jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja, con la ponencia: «La distinción entre civiles y combatientes».
- Prof. Michel BOURBONNIÈRE, del Real Colegio Militar de Kingston (Canadá): «La selección de los objetivos en los conflictos actuales: retos al principio de distinción».
- Dra. Heike SPIEKER, asesora jurídica de la Cruz Roja Alemana: «La protección de la población civil en los conflictos armados no internacionales».
- Dra. Grainne O'HARA, asesora jurídica del Departamento de protección Internacional del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados: «La protección de los refugiados y de las personas desplazadas».
- Dr. Dieter FLECK, Director del Proyecto de Investigación del Instituto Internacional de Derecho Humanitario: «El nuevo Manual de San Remo sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales».

Al finalizar la mesa redonda hubo una participación activa de los asistentes, destacándose la intervención de los Dres. Bosko JAKOVLJEVIC y Miodrag STARCEVIC, ambos del Comité de la Cruz Roja Yugoslava, con dos contribuciones personales tituladas, respectivamente, «Algunas reflexiones acerca de la protección de la población civil en los conflictos armados no internacionales (2)» y «Protocolo Adicional I y principio de proporcionalidad (3)».

II. El siguiente día viernes, 7 de septiembre, segundo de las jornadas, comenzó por la mañana con una mesa redonda dedicada a «**La amenaza causada por las viejas y nuevas armas**», moderada por la Dra. Marie G. JACOBSSON, Directora adjunta de la División de Derecho Internacional

---

(2) «Protection of the civilian population in non-international armed conflicts —some reflections—».

(3) «Additional Protocol I and Principle of Proportionality».

del Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia, y en la que intervinieron como ponentes:

- Dr. Robin COUPLAND, Asesor médico en materia de violencia armada y efectos de las armas, del Comité Internacional de la Cruz Roja, con el tema: «Nuevas armas y métodos de guerra».
- Embajador Chris SANDERS, Representante Permanente de los Países Bajos en la Conferencia para el Desarme, de Ginebra: «Los residuos bélicos explosivos».
- Dr. Steve SOLOMON, Asesor jurídico de la Misión Permanente de USA ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra: «Análisis del desarrollo relativo a la revisión de las armas convencionales».
- Coronel Giuseppe CORNACCHIA, Jefe de la Oficina de Control de Armamentos del Ministerio de Defensa de Italia: «Las armas de destrucción masiva (4)».
- Dr. Peter HERBY, Coordinador de la Unidad Minas/Armas del Comité Internacional de la Cruz Roja: «La proliferación de las armas y el Derecho Internacional Humanitario (5)».

Uno de los asistentes más ilustres y caracterizados, el General Arturo MARCHEGGIANO, Presidente de la Liga Internacional de la Sociedad Nacional para la Protección de los Bienes Culturales (PBC) en Guerra, y miembro del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, entregó por escrito una comunicación titulada «La importancia de los Protocolos de Ginebra de 1977 sobre las sanciones reservadas a los crímenes de guerra contra los bienes culturales (6)».

**III.** Por la tarde de ese mismo día se celebró una tercera mesa redonda sobre «**La represión de los crímenes de guerra**», presidida por el Juez Fausto POCAR, de la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y Ruanda, con los siguientes intervinientes y las respectivas ponencias:

- Prof. Horst FISCHER, Director del Instituto de Derecho Internacional de la Paz y de los Conflictos Armados de la Universidad de

---

(4) «Weapons of Mass Destruction».

(5) «Arms Proliferation and International Humanitarian Law».

(6) «L'importanza dei Protocoli di Ginevra del '77 sulle sanzioni riguardanti i crimini di guerra contro i beni culturali».

Ruhr, Bachum – Universidad de Leiden: «La experiencia de los Tribunales *ad hoc*».

- Dr. Adriaan BOS, ex Asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, y Prof. Lakshmikanth RAO PENNA, de la Universidad de Singapur: «La importancia del Tribunal Penal Internacional: ¿cómo garantizar su eficacia? (7)».
- Dra. Anna SEGALL, Asesora jurídica del Comité Internacional de la Cruz Roja: «El papel del Tribunal Penal Internacional en la represión nacional de los crímenes de guerra».

El Profesor Michael HERMANN, de la Universidad de Varsovia (Polonia) y miembro asimismo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, participó con un interesante trabajo titulado «Tribunal Penal Internacional: ¿triumfo o sueño? (8)», que también entregó por escrito a los concurrentes.

Ese mismo día por la noche tuvo lugar una cena de gala con la entrega del «Premio Instituto Internacional de Derecho Humanitario 2002», por la promoción, difusión y enseñanza del Derecho Internacional Humanitario, a la Cruz Roja Británica, y al propio tiempo le fue entregado al mencionado Instituto anfitrión, por la Asociación Internacional Reina Elena, el XIII «Premio Internacional para la Paz Princesa Mafalda de Saboya-Assia».

IV. Al día siguiente, sábado 7 de septiembre y último de las jornadas, tuvo lugar la cuarta mesa redonda, dedicada esta vez a «**Una mirada al futuro del Derecho Internacional Humanitario**», y que moderada por el Dr. Mohammed AL-HADID, Vicepresidente de la Comisión Permanente de la Cruz Roja y Media Luna Roja y Presidente de la Media Luna Roja Jordana, tuvo como ponentes a las siguientes personalidades:

- Coronel Charles GARRAWAY, Director del Servicio Jurídico Militar del Ministerio de Defensa del Reino Unido: «Los Protocolos Adicionales 25 años después: su impacto en la conducción de la guerra; retos ante los nuevos tipos de conflictos armados (9)».
- Juez Abdul G. KOROMA, del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya: «La perspectiva africana».

---

(7) «The Relevance of the International Criminal Court: How to make in effective?».

(8) «International Criminal Court: Triumph or Dream?».

(9) «25 Years of the Two Additional Protocols: their Impact on the Waging of War; Challenges from New Types of Armed Conflicts».

- Prof. Marco SASSOLI, de la Universidad de Quebec (Canadá): «El Derecho Internacional Humanitario después del 11 de septiembre (10)».
- Dr. François BUGNION, Director del Instituto de Derecho Internacional y de Cooperación del Comité Internacional de la Cruz Roja: «La importancia de los Protocolos Adicionales al día de hoy (11)».

Después de todas y cada una de las cuatro mesas redondas celebradas al efecto tuvo lugar un interesante debate en el que todos los presentes tuvieron la oportunidad de intervenir exponiendo su punto de vista acerca de los extremos examinados en cada sesión, siendo de alabar el meritorio esfuerzo de los moderadores para que las intervenciones no se prolongaran más allá de cinco o seis minutos por participante, así como para reconducir en ocasiones el debate a la cuestión concreta examinada, toda vez que por la índole de los temas que se trataron, así como por la presencia en el foro de participantes de varios países del norte de Africa y Medio Oriente, como Arabia Saudita, Argelia, Qatar, Túnez, Jordania, Egipto o Libia, citándose como caso más significativo al Dr. Fahmi AL-ADHAMI, del Ministerio de Asuntos Exteriores de Irak, así como también de Israel, con el Profesor Yoram DINSTEIN, y por supuesto de países occidentales, incluido los Estados Unidos de América (de donde procedía el Coronel Fred BORCH, profesor de Derecho Internacional del Colegio de Guerra Naval o Mr. Joseph A. RUTIGLIANO, Juez de la División Legal del Cuerpo de Marines, con destino en el Pentágono), era fácil predecir la posibilidad de que el debate alcanzara a extremos no pertinentes ni deseados, al menos en este foro, dada la situación política internacional actual, ciertamente delicada.

Sin embargo, tal objetivo fue logrado y las jornadas se desarrollaron en un clima de franca colaboración y armonía, como quedó patentizado en los numerosos encuentros que tuvimos *off the record*, en ocasiones movidos, bien es cierto, por intereses comunes, de carácter profesional como integrantes de Servicios de asesoramiento jurídico en las Fuerzas Armadas de distintos países o incluso por pura afinidad personal o lingüística.

Por parte española acudió a la 26 Mesa Redonda el autor de esta breve reseña, comisionado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, coincidiendo en el evento con dos compatriotas más, D.<sup>a</sup> María de los Angeles SIEMENS, Directora del Comité Español de ACNUR, aso-

---

(10) «International Humanitarian Law after 11th September».

(11) «La pertinence des Protocoles Additionnelles aujourd'hui».

ciación de apoyo al trabajo del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, y D.<sup>a</sup> María Encarnación DE HARO, del Ministerio del Interior (Area de Recursos de la Oficina de Asilo a Refugiados).

Algunas de las conferencias impartidas fueron entregadas a los asistentes, escritas en inglés, francés o italiano, estando depositadas en la Unidad de Estudios Jurídicos de la Secretaría General Técnica a disposición de quien pudiera estar interesado en el tema tratado. Las conferencias que figuran transcritas a pie de página en el idioma en que fueron impartidas corresponden al original de las once ponencias entregadas y de las que dispone la Unidad mencionada, ello aparte de algún texto que también nos fue entregado, como el Manual de San Remo sobre la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales, de fecha 15 de agosto de 2002, o las conclusiones, magníficamente editadas, de la 23 y 24 Mesas Redondas, dedicadas respectivamente al «Tribunal Penal Internacional: resultados y progresos de las Naciones Unidas en la Conferencia Diplomática de Roma de 1998», y al «50 Aniversario de los Convenios de Ginebra».

## XXXI JORNADAS DE DERECHO AERONÁUTICO Y DEL ESPACIO

Luis B. Álvarez Roldán  
*General Auditor (R.)*

En Barcelona (España), y en la sede el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, se celebró el día 26 de octubre de 2002, la Asamblea General Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.

La Asamblea ratificó el nombramiento de Director de Estudios de Luis B. Álvarez Roldán, y renovación del Consejo Directivo que continúa presidiendo el Doctor Aparicio Gallego.

En el año 2002 se celebró un Seminario sobre Legislación Aeronáutica Iberoamericana actual, con las recientes publicaciones legales de Aeronáutica Civil de Guatemala, Paraguay (Dr. Gómez Cardozo), Perú (Dr. Ferradas Plata) y Venezuela (Dr. Jorge Alvarez).

Sendos Seminarios de Derecho Aeronáutico se celebraron en las sedes de la Escuela de Práctica Jurídica y del Centro Universitario Villanueva, ambos vinculados a la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

También destacados miembros del Instituto participaron en un Curso-Master de Derecho Aeronáutico en la Universidad San Pablo-CEU.

Se instituyó el «Premia Centenaria», en conmemoración del primer centenario del vuelo de los hermanos Wright, para trabajos jurídicos y no jurídicos, cada uno dotado con 3.000 € y sendos accesit de 1.000 €.

Las XXXII Jornadas del Instituto en el año 2003, se celebrarán en Uruguay, primer país solicitante, o en Venezuela o Perú, en su caso.

La actividad lectiva de los juristas iberoamericanos se sintetiza en las siguientes Conclusiones, correspondientes a las XXXI Jornadas del Instituto:

## PRIMERA PONENCIA

### **«Transporte aéreo en el marco europeo»**

Ponencia del Sr. D. Manuel López Colmenarejo

## CONCLUSIONES

En el marco europeo el sector del transporte aéreo se encuentra en crisis. La crisis en el sector se refleja en:

- I) Drástica reducción de la demanda.
- II) Incremento notable de inversiones para garantizar la seguridad de vuelo y necesidad de aplicar procedimientos de control, que resultan más pesados para el cliente.
- III) Todo ello, al agravar la crisis que ya venía padeciendo la Aviación Civil ha determinado la quiebra de alguna compañía aérea.
- IV) El Gobierno americano se ha visto obligado a aplicar medidas de ayuda a sus empresas, provocando un desequilibrio de la posición competitiva entre las europeas y las americanas. Este desequilibrio está obligando a establecer un nuevo ajuste del formato de las compañías de aviación.

## SEGUNDA PONENCIA

### **«Investigación de accidentes aéreos, aspectos técnicos, jurídicos y humanos»**

Ponencia de la Dra. Griselda Capaldo, Dr. Eduardo T. Cosentino y D. Barsen García-López Hernández

## CONCLUSIONES

- I) La investigación técnica de los accidentes aéreos, es uno de los capítulos esenciales dentro de la doctrina aeronáutica, teniendo

en cuenta que está destinada a mejorar la seguridad de la aviación civil.

- II) La información obtenida en el proceso de investigación técnica debería ser considerada de carácter confidencial.
- III) Declárase que con el mismo criterio preventivo, se impone no sólo la investigación de los accidentes, sino también la de los incidentes en la medida que se puedan obtener informaciones valiosas para la seguridad de vuelo.
- IV) Se recomienda la inclusión en las legislaciones aeronáuticas nacionales de normas específicas destinadas a regular la investigación de los accidentes aéreos, ajustándolas al Anexo 13 de la Convención de Chicago de 1944.

### TERCERA PONENCIA

#### **«El derecho y la actividad comercial en el espacio. Satélites de comunicación (sistema Galileo)»**

Ponencia del Ingeniero Don Pedro Gómez Arroyo  
y D<sup>a</sup> Elisa Gómez Alcántara.

### CONCLUSIONES

- I) El principio general debe ser no introducir enmiendas al texto de los Tratados Internacionales del Espacio hoy vigentes, como consecuencia del desarrollo de actividades comerciales en el espacio.
- II) Las actividades espaciales de las entidades no gubernamentales se encuentran cubiertas convenientemente por los referidos Tratados y todo vacío debe ser llenado por leyes especiales nacionales.
- III) Algunos términos de los tratados existentes requieren ciertas aclaraciones como consecuencia de la comercialización de las actividades espaciales. Estas aclaraciones deberían hacerse por medio de instrumentos internacionales separados, o Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin alterar el contenido de los tratados espaciales existentes.
- IV) El artículo VI del Tratado del Espacio genera para los Estados Partes la obligación de adoptar leyes nacionales efectivas en materia de autorización y fiscalización permanente de las entidades no gubernamentales que realicen actividad espacial.

- V) Esta obligación se confirma y aclara en el Protocolo al Tratado del Espacio de 1967, adoptado por la International Law Association en su 70ª Conferencia (Nueva Delhi 2002) así como en los resultados del Proyecto de la Universidad de Buenos Aires.
- VI) El Convenio de Responsabilidad de 1972 debe mantenerse en su redacción actual debiendo alentarse a la comunidad internacional para hacer uso de la opción que establecen dicho Convenio y la Resolución 2777 (XXV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a la aceptación de mecanismos de jurisdicción obligatoria.
- VII) El Convenio de Registro de 1975 requiere, desde el punto de vista técnico, mayor precisión en algunos de sus términos, a fin de facilitar la identificación de objetos espaciales y estados de lanzamiento. En caso de acordarse agregados o modificaciones más conformes con la realidad actual, es aconsejable hacerlo mediante un instrumento internacional separado, sin modificar el texto original de este Convenio.
- VIII) Es aconsejable mantener el término «Estado de lanzamiento» en los tratados espaciales vigentes y precisar su significado por medio de leyes nacionales que, además de regular la autorización y fiscalización permanente de las empresas privadas en el espacio ultraterrestre, establezcan un sistema efectivo de licencias y aseguren indemnizaciones.
- IX) La implantación de un sistema de control del tráfico aéreo mediante la utilización de una red de satélites artificiales, GNSS-GALILEO, obliga a los organismos internacionales y a los Estados al estudio del marco jurídico adecuado para la regulación y la solución de los conflictos que de ello puedan surgir, incluyendo el régimen de responsabilidades deducibles de su normal o anormal funcionamiento.

## EL EJÉRCITO DEL AIRE EN EL AÑO 2002

Vuelve a casa el Destacamento ICARO, tras casi 8 años, habiendo realizado más de 12800 misiones y 36.000 horas de vuelo.

La Operación Libertad Duradera lleva al Ejército del Aire español a Manás-Kirguistan (destacamento T-10), Yibuti (destacamento P-3) y a Bagram (destacamento médico), y a Kabul en misiones de carga y descarga de personal y material.

Asimismo, su actividad destaca en otras operaciones de vigilancia aduanera, búsqueda y salvamento, contraincendios,...

Han sido objeto de estudio y preocupación los proyectos de «cielo único europeo», la adaptación normativa a Eurocontrol, el anteproyecto de Ley de Seguridad Aérea, remodelación de la B.A. de Torrejón por ampliación de la cuarta pista de Barajas, la Escuela EF-2000 en León, etc.

Especial importancia se dio en el Ejército del Aire al personal: Desde los actos de toma de posesión de mandos hasta un estudio de una plantilla de cuadros de mando más adecuada a la realidad, y a la situación de las «bajas de pilotos» y estado de la tropa profesional, cercano a cubrir la totalidad de su plantilla. Es un año de puesta en marcha del Consejo Asesor de Personal, y de las Normas para la evaluación y clasificación y del Reglamento de Destinos.

La nueva organización del Ejército del Aire es consecuencia de la modificación básica de los Ejércitos en su estructura y representación institucional, plasmada en sendos Reales Decretos: Cuartel General, Fuerza y Apoyo a la Fuerza, suprimiéndose las demarcaciones territoriales, perviviendo el Mando Aéreo de Canarias, con los Mandos Aéreos General y de Combate. La representación institucional de los Ejércitos se confiere en Madrid y Castilla la Mancha al Ejército del Aire.

La revisión de la estructura de mando de la OTAN, obliga a una misión estratégica que se encomienda a diversos grupos de trabajo especializados.

La modernización de la «Red hospitalaria militar», afecta al cierre del Hospital del Aire y cambio de dependencia funcional del CIMA y CEFA-REA (Medicina aeronáutica y Farmacia).

Como no podía ser de otra manera los presupuestos para el 2003 afectan a los Planes de Adquisición y de Modernización; así: de modernización del F-18; del F5B; del P-3; del Sistema de Mando y Control (SIMCA); del Sistema Avanzado de Reconocimiento Aéreo (SARA); y de adquisición del EF-2000; C-295; A-310 VIP; A-400M; sistemas «láser»; autodefensa aérea; etc.

Las actividades institucionales, nacionales e internacionales, visitas, encuentros, «jornadas de puertas abiertas», tuvieron resonancia pública aunque no tan clamorosa como la acrobacia aérea (Patrulla Aguila) y paracaidística (PAPEA).

L.B.A.R.

## FE DE ERRATAS DEL N.º 79 DE LA REDEM

1. En la sección de Noticia de Libros, pág. 325 figura como autor Juan Carlos González Barral cuando debía figurar Carlos Eymar Alonso

2. En el artículo de D. Francisco Carlos de Osuna Hervás, «La competencia objetiva del Juez Togado Militar y el arresto disciplinario militar como objeto de procedimiento de *habeas corpus*», se han observado los siguientes errores y omisiones

### **Pág. 145, apartado 1. Introducción párrafo 1.º, debe decir:**

El art.1.1 de la C.E. de 1978 proclama, en primer lugar, y en yuxtaposición a la «justicia, la igualdad y el pluralismo político» a la libertad como “valor superior” que ha de informar el ordenamiento jurídico del Estado español y el art.17 párrafo 4.º de nuestra Ley Fundamental, consagra con carácter de derecho fundamental del individuo la institución secular del *habeas corpus*, obligando a «producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente».

### **Pág. 147, pie de página (2), debe decir:**

Soriano Ramón. El derecho de *habeas corpus*. Congreso de los Diputados 1986. Páginas 37-50.

### **Pág. 156. Apartado 2.4.- Derecho comparado, párrafos 3º y 4º, debe decir:**

Los países latinos que cuentan con la Jurisdicción Militar permanente diferenciada de la Jurisdicción Ordinaria, prevén en sus ordenamientos

jurídicos la competencia del Juez Militar dentro del ámbito castrense para conocer de las solicitudes de *habeas corpus* como consecuencia de privaciones de libertad producidas dentro del citado ámbito.

Así, es significativa la posición de Portugal, que en su vigente Constitución de 1976 ha positivado en su artículo 31, redactado por la Ley de reforma de 1982, el recurso de *habeas corpus*, marcando un precedente al hacer extensivo dicho recurso a la Jurisdicción Militar. El citado artículo 31 de la Norma Fundamental portuguesa, en su párrafo primero, hace una doble referencia a la competencia objetiva en el procedimiento de *habeas corpus*, toda vez que, junto a la mención del Juez predeterminado legalmente y encuadrado dentro de la Jurisdicción Ordinaria, el *habeas corpus* puede también ser interpuesto ante la Jurisdicción Militar y, más concretamente, ante el Tribunal Militar (8).

### **Pág. 163.- Continuación del apartado 3.4 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debe continuar:**

A raíz de la STC 232/1999 de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional establece que existiendo una situación de privación de libertad tal como lo es el arresto disciplinario, el enjuiciamiento de la legalidad de sus circunstancias ha de realizarse en el fondo, examinando dichas circunstancias, al no hacerlo así:

*«...la resolución dictada vulneró el derecho consagrado en el art.º 17.4 C.E. al haberse basado la inadmisión en el juicio de legalidad sobre causa de la privación de libertad, cuestión ésta que pertenece al fondo del proceso de “habeas corpus”».*

Esta posición que impide el rechazo liminar a tramitar el procedimiento de *habeas corpus* se mantiene por el alto Tribunal en las SSTC 208, 209, 233, 263 y 287/2000, si bien en estas dos últimas los magistrados Garrido, Falla y Giménez de Parga emiten voto particular en el que exponen que:

*«si se aceptase la tesis expuesta en las citadas sentencias, o sea: que la decisión de denegar la solicitud de “habeas corpus” debe reducirse a los supuestos en que se incumplan los requisitos formales a que se refiere el art. 4 LOHC, centenares de resoluciones de este Tribunal Constitucional (providencias y autos de inadmisión de recursos de amparo) tendrían que ser reconsideradas en adelante.*

*A todos, o a la mayor parte, de los quejosos en amparo habría que contestarles con un “juicio de fondo”, sin que bastase el “juicio de admisibilidad”.*

*En esta misma línea, me parece que la tesis de la mayoría olvida que el propio art. 4 LOHC contempla como uno de los presupuestos de admisibilidad la demanda de “habeas corpus” la cita del “motivo concreto por el que se solicita”. Si ese motivo no es mencionado o si, en caso contrario, resulta manifiestamente infundado, la demanda puede y debe ser inadmitida, según el art. 6 LOHC, previa audiencia del Ministerio Fiscal. No entenderlo así es tanto como convertir al Juez que conoce de esta garantía institucional en un Juez que revise la legalidad de la sanción disciplinaria, con grave hipertrofia del ámbito natural del “habeas corpus”».*

Para terminar la STC 194/2001 de uno de octubre establece en su Fundamento de Derecho segundo:

*«el recurrente pretende que su recurso tenga un carácter mixto, esto es, se entienda dirigido tanto contra la resolución judicial que desestima el procedimiento de “habeas corpus” como contra la sanción administrativa de privación de libertad. A aquélla le atribuye, no solo la vulneración de diversos derechos comprendidos en los apartados 1 y 2 del art. 24, sino también, directamente, la vulneración del art. 17 CE. Sin embargo lo cierto es que no se ha acreditado que en el momento de presentar la demanda de amparo se haya agotado la vía judicial que es previa al procedimiento constitucional de amparo respecto de la sanción administrativa, por lo que nuestro enjuiciamiento no puede abarcar la conformidad a la Constitución de un acto administrativo sancionador que no ha sido objeto de un previo conocimiento jurisdiccional, tal y como exige el art. 43 LOTC. En consecuencia no es posible examinar, ni la posible legalidad o ilegalidad del arresto, ni si la imposición del mismo vulneró las garantías procesales del procedimiento sancionador, porque, de hacerlo, nos estaríamos inmiscuyendo en la labor judicial, desconociendo así el carácter subsidiario del recurso de amparo».*